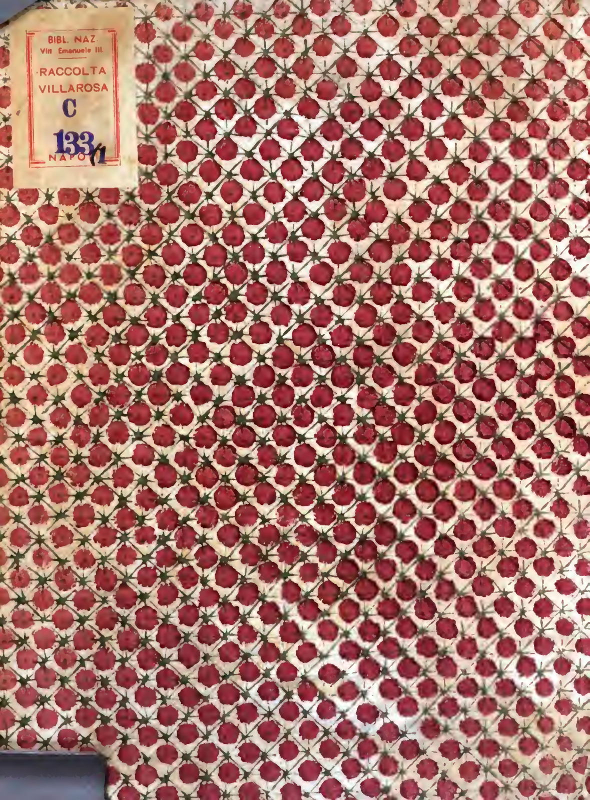


JOSEPHI AVERANII, INTERPRETATIONUM JURIS

LIBRI QUINQUE.

JOSEPHI
AVERANII,

V. CL. Jurisconsulti, & in illustri Academiâ Pisanâ, dùm viveret, Antecessoris,

INTERPRETATIONUM
JURIS

LIBRI QUINQUE;

IN QUIBUS MULTA CUM JURIS CIVILIS, tùm aliorum Veterum Scriptorum loca novâ ratione illustrantur:

Multa item ex Antiquitate Romanâ Græcâque doctè pertractantur.

EDITIO NOVISSIMA

In duos Tomos distributa, cum Indicibus, & Vitâ Auctoris.

TOMUS PRIMUS.

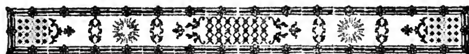
LUGDUNI,

Typis PETRI BRUYSET,

Sumptibus FRATRUM DE TOURNES.

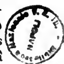
M. DCC. LI.

CUM PRIVILEGIO REGIS.



BIBLIOPOLÆ
LECTORI.

EN tibi, LECTOR AMICE, integræ *Interpretationum Juris* à viro clariſſimo JOSEPHO AVERANIO, Juriſconſulto celeberrimo, & in illuſtri Academiâ Piſanâ Anteceſſore, miro labore conſcriptarum collectionis hanc novam Editionem elargientes, non, ut pleriſque Librariis mos eſt, qui Auctores quorum Opera venalia exponere geſtiunt, inutili magis vel etiam moleſto verborum ſtridore, quàm dignis elogiis efferre ſolent, nos & ita faciemus. Eſt enim JOSEPHI AVERANII nomen tam illuſtre, ut nullo noſtro egeat præconio; & opus quod edimus, tam præclarum, ut ſummam laudem attigiſſe videatur. Id potiùs negotii nobis incumbit, ut quâ ratione tota hujus tam eximii operis compages quinque in Libros diſtributa, primùm publici juris facta fuerit, prævio hoc monito te doceamus; quod quidem quàm breviori fieri poterit diſcurſu abſolvemus. Scias itaque, LECTOR AMICE, duos priores harumce Juris Interpretationum Libros diligenti V. C. Henrici Brencmanni ſollicitudini deberi, qui cùm Florentiæ collationi unici poſt tot ſæcula theſauri ſuperſtitis MS. Pandectarum, ut hodiè vocantur, Florentinarum, operam daret, venit ſimul in notitiam & familiaritatem V. C. JOSEPHI AVERANII, Juris Profeſſoris Ordinarii Piſani; & utrimque rebus quæ ad Jura eorumque ſtudia pertinent, communicatis, Capita quædam Operis à ſuprà memorato viro celeberrimo compoſiti, cui titulum fecerat *Legum Interpretationes*, ſelecta vidit, in quibus cùm profundam Viri doctiſſimi admiraretur eruditionem, tùm limatum judicium, ſummamque Juriſprudentiam, induxit animum in patriam mittere ſpecimen unum alterumve ad V. A. Cornelium van Bynkershoek, ſummi Batavi Senatûs Conſiliarium, & ad V. CL. Gerardum Noodt, Anteceſſorem in Academiâ Batavâ, aliosque ſummos graviſſimoſque Juris peritos. Omnibus verò admodùm placuiſſe ſatis ſuperque fidem facit, quòd uno ore, unoque animo ſuaſerunt, ut uſui commodoque communi Juris ſtudioſorum integrum Opus (quod ſcilicèt duobus prioribus Libris tunc ſolummodò conſtabat) publicaretur & in vulgus ederetur. Eâ igitur motus auctoritate V. C. Brencmannus ab Auctore impetravit, ut ſupradictum Opus in Belgium tranſmitteret, tranſmiſſumque V. C. Gerardi Noodt nutu & conſilio prælo ſubjecit, duobuſque tomis *in* 8°. excuſum publico exhibuit Typographus Lugduno-Batavus. Hæc



ã iij

de duobus prioribus libris dicta sufficiant. Quod autem ad tres posteriores Libros attinet, & quomodò publicam in lucem primùm prodierint, jam nobis superest dicendum, quod etiam brevissimè exponemus. Notum itaque sit, tibi, LECTOR AMICE, memoratos tres posteriores hujus operis Libros posthumos, deberi humanitati Viri nobilissimi, & Discipuli Averanio digni, Antonii Nicolinii, ex Marchionibus Pontis Sacci & Castri Camuliani, cui moriens Auctor illos numeris suis absolutos commendaverat, ut tamquàm pignus amicitiæ servaret; & si tanti viderentur, Belgis in lucem proferendos daret. Hic igitur Vir optimus, postquàm egregiam industriam in Summariis & Indicibus conficiendis adhibuisset, in Belgium alteri etiam Lugduno-Batavo Librario eâ lege opus transmisit, ut luculenter, & quoad ejus fieri posset, accuratè typis vulgaretur. Quam quidem Editionem cùm adornaret, commodè illi, ut publicè fatetur, succurrit consilium auxiliumque V. CL. Joannis Conradi Ruckeri, Jcti & Antecessoris in Academiâ Lugduno-Batavâ celeberrimi. Multa prætereà quæ illi ex Italia transmissa fuerant ad Historiam Vitæ Averanii illustrandam pertinentia, Etrusco & Latino sermone conscripta, Viro cuidam Juris & Averanii nominis amantissimo tradidit, ut indè Vitam doctissimi Viri, quò ab omnibus legi posset, latinè concinnaret. Recensionem etiam omnium ejus scriptorum, quam illi communicaverat Reverendus Abbas Martinus, adjecit; & hæc omnia typis excusa & tribus tomis *in* 8o. comprehensa, in publicum evulganda curavit. Hæc est, LECTOR AMICE, vera & genuina prioris Averanii operis Editionis Historia. Quod verò plures & diversis temporibus distributo penso ediderunt Lugduno-Batavi Bibliopolæ, nos soli & indiviso onere, uno eodemque tempore publicandum suscepimus, nulli dubitantes, quin collecta magis, quàm sparsa tibi arrideant tam eximii Auctoris Opera. Quâ spe freti, variis Indicibus tum Legum quæ in hoc Opere explicantur, tum etiam Rerum & Verborum quæ in illo continentur, qui juxtà priorem illius distributionem, separatim duobus prioribus Libris, & tribus posterioribus adjecti fuerant, in unum accuratâ quantùm licuit diligentiâ concinnatis & ordinatis; Vitâ etiam & singulorum nostri Auctoris scriptorum recensione in principio præmissis, integrum hoc Opus duobus tomis contentum, & pro solito nostro majori tuæ commoditati inserviendi more, unum in corpus conflatum, tibi fruendum exhibemus, LECTOR AMICE. Annue labori, & Vale.

VITA
JOSEPHI AVERANII.

QUASI ita in fatis fuisset, ut, quo in loco humaniores litteræ, barbatè diù oppressæ, rursùs caput extulerunt, in eodem & Jurisprudentia, numquàm ab his separanda, pristino nitori restitui debuisset: ita utræque in Italia eodem ferè tempore nec dissimili successu de insigni injuriâ, quam impurissimus quisque iis intulerat, gloriosè triumpharunt. Postquàm enim immortalis ille *Petrarcha*, inprimisque Græci in Italiam profugientes humanitatis studia à superiorum temporum fecibus repurgassent, extitit etiam, qui tenebras Jurisprudentiæ ab inconditâ Glossatorum turbâ offusas, miro litterarum lumine dispelleret, *Andreas Alciatus*. Verum uti non quælibet terra quaslibet, ut ait ille, herbas alit, ita & Italia artium ferè omnium parens & altrix, Jurisprudentiam, quamquàm denuò protulerat, tamen Galliæ quasi nutriendam ornandamque concessit. Ac pauci quidem deindè, si eorum memoria replicetur, in Italiâ sunt inventi, qui sibi nominis quoddam decus in Jurisprudentiâ peperissent. In his verò extitit nuper, qui non solùm civibus suis, sed multis prætereà aliarum gentium Jurisconsultis palmam dubiam reddidit, Vir Eximius, *Josephus Averanius.* Quem ego si Juris tantùm summam scientiam consecutum dicerem, magnum illud quidem esset, & honoris haud vulgaris plenum, sed tamen infrà dignitatem meritumque tanti viri; cùm is tot alias gravissimasque artes tam solerti sit ingenio complexus, ut in quâlibet earum cum his, qui omnem ætatem in iis contriverunt, certare potuisse videatur. Nihil enim ætas nostra vidit *Averanio* Græcis Latinisque litteris politius, nihil in Antiquitatis monumentis sagacius, nihil in Mathesi & Philosophiâ acutius, nihil denique in Jurisprudentiâ excellentius. Hunc virum talem ac tantum Italiæ ocellus, Florentia, civitas, ut constat, præstantium ingeniorum ferax, d. 20. Martii Anno 1663. protulit. Patre ille usus est *Joanne Francisco Averanio*, homine erudito & Mathesi inprimis dedito; matre *Margaretha Sacchettina.* Fratrem natu majorem habuit Italiæ suæ Tullium, *Benedictum*, cujus disertissima opera extant, cupidèque ab iis, qui Latinarum Venerum sunt intelligentiores, leguntur; fratrem verò minorem, *Nicolaum*, Jurisconsultum, inter principes Italiæ Mathematicos jure suo referendum. Adolescens *Josephus* unà cum *Nicolao* in Collegio Florentino iis artibus eruditus est, quibus puerilis ætas impertiri solet; idque inprimis duce doctiss. *Garia*, quo jam anteà *Benedictus* magistro fuerat usus. Hic cùm brevi tempore tantùm profecisset, ut ipsum præceptorem in admirationem sui raperet, contulit se indè ad graviorum doctrinarum studium, idque Pisas, ubi tum frater *Benedictus* magnâ cum nominis famâ limatioris Græciæ Latiique cultum tradebat. Dedit igitur per quatuor annos Fratri aliisque artium & Jurisprudentiæ doctoribus eam operam, quam haud exspectes ab adolescente tam teneræ ætatis. Itaque annum vicesimum vix dum egressus, tantâ cùm in Jure, tùm in Geometriâ jam ceperat incrementa, ut non solùm doctoris insignia consequi posset, sed aliis etiam in his artibus ingenti cum laude viam præiret. Testem hujus rei excito ipsum

Fratrem *Benedictum*, qui in luculentâ Oratione, quâ *Josepho* & *Nicolao* Doctoris ornamenta detulit, quamvis à pudore suo vix impetraverit, verè tamen ita prædicavit: *Quo probè constituto, jam audacter fatebor, meos candidatos, & eloquentiæ studiis ita deditos fuisse, ut & carmen condere non absurdè, & orationem componere possint non ineleganter; & in historiâ atque antiquitate cognoscendâ plurimùm temporis consumpsisse; &, cùm viderent Latinas litteras sine Græcis quodammodò claudicare, assumendam sibi Græcæ linguæ cognitionem censuisse; quo in studio mirificos profectus habuere. Dicam ego quod sentio, & dicam non augendi causâ, sed quòd ita se rem habere certò sciam; paucos arbitror hoc tempore adolescentes tantam esse Latini sermonis, quantam hi Græci sunt, scientiam consecutos. Quotus enim quisque in hâc tenerâ ætate præcipuos Latinitatis Auctores studiosè lectitavit, aut commodè potest aliis, & scienter explicare? At hi non principes modò Græci sermonis Auctores, sed multos alios assiduâ lectione contriverunt, & studiosis adolescentibus interpretantur; docendique litteras Græcas munere eâ ætate funguntur, quâ si discerent, non vulgarem laudem adepti putarentur. Jam in Philosophia artium parente, magistrâ vitæ, luce veritatis, quantùm profecerint, si dicere instituam, vereor, ne oblitus propositi mei videar, horum laudes exaggerare velle dicendo. Sed, ut volet, quisque existimet; ego verum non occultabo: omnia hi veterum Philosophorum placita, omnes rationes, omnes indagandæ veritatis vias tenent. Ad hæc quæcumque sunt recentiorum ingeniis inventa præclarè, animo & cogitatione comprehenderunt, &, aut me amor fallit, aut nemo æqualium his est, vel in disserendo subtilior, vel in excogitando acutior, vel in colligendo solertior. Quid autem de Mathematicis dicam? non elementa Geometriæ solùm, sed arcana magis recondita, Apollonii doctrinam admirabilem, Archimedis inventa divina; aliorum prætereà cùm veterum, tùm recentium habent cognita & pertractata. Quâ freti scientiâ, & à Geometris propositas solvere quæstiones, & multa suo Marte possunt, eaque non contemnenda sagaciter invenire. Quid, quòd in illam siderum altitudinem animum cælestium capacem subduxerunt, multiplicesque & inenarrabiles astrorum vias modò se humiliùs circumagentium, modò in immensam altitudinem subeuntium, retrogradientium, suos cursus retardantium, accelerantium, consistentium, & eorum ortus obitusque & latitudines, & longitudines, & intervalla, & magnitudines cognoverunt? & Ptolomæum clarissimum cæli interpretem, sed cujus libri in magnâ rerum & orationis obscuritate versantur, inter sidera spatiantem, & abditissima naturæ arcana rimantem, & permeantem per se nullo duce sunt assecuti; quod, quantùm sit opus, explicarem, nisi adesse viderem doctissimos viros, qui experiendo didicerunt. Quæ tanta ingenii, eloquentiæ, doctrinæ ornamenta, his præsertim moribus, integritate vitæ, modestiâ, gravitate, continentiâ illustrata, cùm ad nostrum Jus civile contulerint, lætandum nobis esse duco: spero enim haud exiguum olim, cùm se confirmaverint, Jurisprudentiæ lumen allaturos. Sed, ut ornabunt hi Jurisprudentiam, ita par est, ut ab ipsâ interim Jurisprudentum ornentur insignibus; quapropter ipsis ea lætus lubensque, vobis, Patres, decernentibus, trado.*

Josephus verò exspectationem omnem, quamlibet magnam, ut superaret, acriter pergebat in decretis veterum Philosophorum perquirendis, explicandis Mathematicorum Problematibus, astrorumque mirabili cursu cognoscendo. Multùm tribuebat sapientiæ Philosophi Stagiritæ, ita tamen, ut illi Philosophorum Deo, Platoni primas deferendas censeret. Hunc enim ingenii doctrinæque principem ponebat, ab hoc tamquàm fonte, ratus, omnem solidiorem doctrinam latissimè dimanare. Quid verò dicam de familiaritate, quam cum antiquis Mathematicis contraxerat? Testes sunt Interpretationes ejus nondum editæ in *Archimedem*, ejusque interpretem *Eutocium*, & in *Ptolomæi Almagestum*; quæ si quando ab interitu vindicentur, habebunt profectò harum rerum studiosi, qui iis facem præferat in tot tamque obscuris horum Auctorum locis intelligendis. Hos artis magistros

esse

etsi summo studio triverat *Josephus*, excellens tamen fuit & propè singularis ejus industria, quam posuit in *Apollonii* doctrinâ dilucidandâ. In quâ quidem quò plures difficultates reperit, eò magis sibi eluctandas esse putavit. Cùmque haud nescius esset, Geographiam Matheseos partem esse minimè postremam, tantâ hujus cognoscendæ cupiditate incensus est, ut Græcos Latinosque Geographos omnes incredibili studio perlegeret, verteretque in usus suos.

Redux Pisas *Averanius* in dies illustriora dedit doctrinæ suæ documenta, auctore imprimis & adjutore *Ant. M. Salvinio*, cujus sibi amicitiam pepererat morum studiorumque similitudo. Huic viro Græcè tam docto tamque polito merito adhæsit *Averanius* noster, numquàm, quod ipse fassus est, nisi Græcè doctior, ab ejus latere decedens. Quamquàm verò ipse, ut diximus, variis doctrinis animum adjecit, tamen quasi impetu quodam singulari ad Jurisprudentiam ferebatur. In quâ quidem quot nodos solverit, quantasque tenebras dissipaverit, indicio sunt doctissimæ ejus Interpretationes. Non est necesse, ut multas eruditorum, quibus opus hoc ornarunt, laudes congeramus. Satis erit, Hispaniæ suæ decus, *Gregorium Manjansium* audire, qui non minùs scitè, quàm verè ita judicat: *Hoc scribendi genere superat* Averanius *omnes antè se interpretes. In disputationibus istis dubium est utrum majus ingenium, an judicium; expeditio, an elegantia.* Constat, varias esse vias, quas ingressi Jurisconsulti leges Romanas interpretari vel emendare solent. Cùm enim alii in locis dubiæ lectionis ad Florentinorum Pandectarum, alii ad Græcorum, alii denique ad Vulgatæ editionis auctoritatem se conferunt, *Averanius* noster Vulgatam, quoad ejus fieri posset, sequendam putavit. Erat enim vir præstantissimus à corrigendi studio alienior: quod cùm alibi ex ejus Interpretationibus, tùm vel maximè ex justo acerbiore in Criticos præfatione, Fratris *Benedicti* Operibus præmissa, patet. Neque tamen respuebat omninò lectionem Florentinam, si vel ratio vel consensus alterius Codicis accessisset. Interim fatendum est, tanto eum acumine, tamque limato judicio Vulgatæ causam egisse, ut facilè appareat, eum cum Juris studio subtilem Geometrarum demonstrandi rationem conjunxisse.

Fama igitur nominis ejus latiùs increbrescente, COSMUS III. Dux Maximus, dignum eum imprimis censuit, cui Juris Civilis docendi provincia in Academiâ Pisanâ mandaretur. Ac tantùm abfuit, ut Principis aliorumque exspectationem falleret, ut potiùs conjungendis Græcarum litterarum cum Jure Civili institutionibus longissimè superaret. Itaque factum est, ut brevi post à Principe Maximo filio suo JOANNI GASTONI, & deindè Magno Florentiæ Duci præceptor daretur. Ad quem quidem felicitatis gradum quamvis suâ virtute pervenerit, accessit tamen & commendatio *Henrici Norisii*, qui eodem tempore Principi historiæ & numismatum scientiam tradebat. Atque hoc vel propterea commemorandum putavi, quia non minor laus est, *Norisio*, quàm tanto Principi placuisse. Profectò, si dicendum, quod res est, *Averanius* non umbram scientiæ, sed scientiam ipsam, neque earum unam alteramve, sed totum illum doctrinarum orbem, quem Græci apto verbo ἐγκυκλοπαιδείαν vocant, capaci est ingenio complexus. Quod nisi libri ejus satis loquerentur, tot Itali adhuc eruditione florentes, tot discipuli liberali ab eo impertiti doctrinâ ingenuè testarentur. Non tulit superiori memoria Italia, quem non dicam anteponere, sed comparare eum *Norisio* potuisset. Atque hic vir talis ac tantus stupuit ad doctrinam, quam *Averanius* legendis Conciliis, Canonibus, Patribus & Apologeticis erat consecutus.

Nihil umquàm gratius accidit *Josepho* nostro consuetudine hominum eruditorum. Cùmque tantâ esset morum suavitate, ut omnes facilè alliceret ad amorem suî, eruditione autem tantâ, ut quisque eum disserentem libentissimè audiret, pervenit in amicitiam eximiorum virorum, *Henrici*, quem diximus, *Norisii*, *Antonii M. Salvinii*, *Rilli*, Jurisconsulti, Comitis *Magalotti*, *Forzoni Accolti*, *Migliorucci Gianneti*, *Grandii*, *Valsechii*, *Gorii*, & aliorum. Quam quidem ita constanter coluit, ut nulli umquàm causa conquerendi fuerit data.

Prudentia quanta fuerit, vel hoc indicio erit, quòd eum non viri solùm eruditi, sed ipse Princeps Cosmus III. ejusque primores amici gravibus de rebus in consilium adhibuere. Neque hoc prætereundum est, quòd imprimis commemorari meretur, Rotam Romanam clarorum Jurisconsultorum adhuc viventium auctoritate uti, sed nomen reticere solitam, quoties *Averanium* ad partes vocaret, à semetipsâ descivisse, ejusque & auctoritatem laudasse & nomen.

Dicerem, rerum quoque naturalium singularem in eo peritiam fuisse, nisi quisque ex Observationibus Philosophicis, Physicis & Mechanicis, quæ in Transactionibus Societatis Londinensis (cujus membrum fuit) extant, judicium facere posset. Sæpe in Observatorio Academiæ Pisanæ unà cum aliis Professoribus præsertim ope Machinæ Pneumaticæ *Boyleanæ*, præsente Cosmo III. ejusque filio, Physicas Observationes instituit. Ipsius etiam quædam sunt de soni propagatione experimenta; in quâ indaganda se ei adjunxit Vir Illustris, *Henricus Newtonus*, Regis Britannorum ad Florentiæ Ducem Legatus. Hujus aliorumque laborum fructum cùm sæpius tulit, tùm Anno 1721. quando ornatissimi quique *Averaniæ* disciplinæ alumni æneum ei numisma cum effigie dedicarunt.

Nec poeticæ suavitatis, quòd mireris, expers fuit, quamvis tetricæ Jurisprudentiæ & tot gravioribus doctrinis addictus. Carmina quidem ejus ob verborum sententiarumque splendorem ita se probarunt judici harum rerum vel imprimis perito, *Petro Burmanno*, ut ea sibi typis vulganda postularet; ad quem etiam *Averanio* adhuc superstite sunt transmissa. Hæ igitur fuere præcipuæ dotes *Averanii* nostri, quas, cùm per se pateant, latiùs persequi non est necesse. Quemadmodùm verò ad litteras natus factusque videbatur, ita & in iis sibi consenescendum putavit. Neque quidquam priùs ab industriâ solitâ remisit, quàm d. 5. Dec. 1737. quandò apoplexia, quâ deindè per decem ferè menses crudelissimè est vexatus, memoriam ei abstulit omnem. Expiravit verò cælebs, castitatis, si quis alius, servans, d. 24. August. 1738. horâ 9. matutinâ, annos natus 75. menses 5. dies 4. Bona sua testamento reliquit Patribus Hospitalaribus *S. Joannis.* Bibliothecam lectissimam donavit Academiæ Pisanæ, varios prætereà amicos legatis ornans. Sequenti die, qui Lunæ erat, corpus ejus in Ecclesia PP. Prædicatorum *S. Marci* sepulchro est conditum. Quâ de re ut omnes certiores fierent, jussit Ampl. Senator, *Petrus Franciscus Riccius*, Præses Ordinis Equitum S. Stephani, & Academiarum Pisanæ & Florentinæ, *Averanii* quondam discipulus, sequens elogium à doctiss. *Gorio* confectum portæ Ecclesiæ inscribi.

ADESTE CONLACRYMANTES FLORENTINI CIVES.
PERPETVI MOERORIS ET LVCTVS NON VNA VOBIS CAVSA.
IOSEPHVS AVERANIVS
IVRISPRVDENTIAE MAXIMVM LVMEN.
BONARVM ARTIVM COLVMEN.
PATRIAE DECVS. PISANI ATHENAEI BENEFICVM SIDVS.
AETATIS NOSTRAE INSIGNE ORNAMENTVM.
ELOQVENTIAE.
PHILOSOPHIAE. GEOMETRIAE. ASTRONOMIAE.
CVNCTARVMQVE DISCIPLINARVM ARBITER DOCTISSIMVS.
SVMMVS NATVRAE
RERVM, OMNISQVE ANTIQVITATIS INTERPRES.
EXTINCTVS EST.
VIRO IVSTO. PRVDENTI. OPTIMO. CHRISTIANA PIETATE.
MODESTIA. CONTINENTIA
ANTIQVIS ILLIBATISQVE MORIBVS ORNATISSIMO.
AMORE. CONSILIO.
LIBERALITATE DE OMNIBVS
PRAESERTIM EGENIS OPTIME MERITO.
EDITIS EDENDISQVE RARISSIMI INGENII
SVI MONIMENTIS IN OMNIVM SAECVLORV
MEMORIA SEMPER VICTVRO.
LVCIS AETERNAE CONSORTIVM
ADEO ENIXIS PRECIBVS IMPLORATE.

Antonius verò *Nicolinius*, Vir Nobilissimus, suis ei impensis sepulcrum vario ornatum marmore cum ejusdem effigie in numismate marmoreo dicavit, hoc addens epitaphium.

JOSEPHO AVERANIO
CIVI FLORENTINO BENEDICTI ET NICOLAI FRATRI
IN PISANA ACADEMIA LIII ANNOS LEGVM INTERPRETI
IVRIS CONSVLTORVM SVI TEMPORIS MAXIMO
PHILOSOPHIA GEOMETRIA ASTRONOMIA
GRAECIS LATINIS LITTERIS POESI ELOQUENTIA
ROMANAE HISTORIAE COGNITIONE CLARISSIMO
RELIGIONE MORIBVS SPECTATISSIMO
PRAECEPTORI OPTIMO
QVI VIXIT ANN. LXXV. MENS. V. D. IV.
OBIIT IX. KAL. SEPT. ANNO A CHRISTO NATO
MDCCXXXVII.
ANTONIVS NICOLINIVS
EX MARCHIONIBUS PONTIS SACCI
ET CASTRI CAMULIANI
H. M. D. S. P. F. C.

OPERA *Averanii* EDITA hæc sunt.

Interpretationum Juris Libri II. Lugduni Batavorum 1716. iterum editi 1736. in 8°.

Interpretationum Juris Libri tres posteriores, Opus posthumum, primùm editi Lugd. Batav. 1746. iterum verò hîc excusi, cum duobus prioribus.

De calculorum seu latrunculorum ludo Dissertatio. In Venezia 1743. nel Tom. VII. della Miscellanea di vari Opuscoli.

Disputatio *de Jure Belli ac Pacis*. Florentiæ. 1703.

Dissertatio *de Repressaliis* habita Pisæ 1713. magno cum suo, tum Lycei Pisani honore coram Sereniss. Rege Poloniarum & Electore Saxoniæ, FRIDERICO AUGUSTO III. qui tum princeps Juventutis Italiam perlustrabat.

De Libertate Florentiæ.

Vita Benedicti Averanii, fratris sui, in principio operum ejusdem *Benedicti*.

Consultationes & Responsa Juridica seorsim edita.

Prefazione alle Poesie Toscane di Mons. Ansaldo Ansaldi impresse in Firenze nel 1704.

Lezioni sopra la passione di S. C. Urbino 1738.

Lezioni Toscane, in Firenze 1744. Hujus præclari operis, quod ingenti eruditione ex sacris profanisque scriptoribus tam Græcis, quàm Latinis arcessita refertum est, in lucem proferendi initium nuper fecit Cl. *Gorius*; cui ut finem quàm primùm imponat, seriò optamus.

OPERA INEDITA.

De Lampadum ludo Dissertatio.

Elegiæ, & Epigrammata, & alia carmina.

Opuscula Mathematica.

Esperienze fatte sopra le gemme, è pietre dure collo Specchio Ustorio.

Esperienze sopra la propagazione del suono.

Hæc OPERA ferè omnia Florentiæ prelo subjecta sunt 4. Volum. in 4°.

Alia quædam ejusdem Cl. Viri Opera MSS. in Bibliotheca Academiæ Pisanæ extare feruntur; quæ ut aliquandò, sicut dignitas argumenti scribendique ratio meretur, à tenebris vindicentur, omnes, quibus solidior doctrina curæ cordique est, nobiscum etiam atque etiam exoptant.

INDEX CAPITUM

Quæ in Tomo primo continentur.

LIBER PRIMUS.

acquir. poss. *An possessio, & dominium ab eo, qui rem detinet, solo animo acquiratur: an sit necessarius aliquis actus externus. De contrectatione in furto necessaria, quod neque verbis, neque inficiatione, neque scripturâ fit.*

Cap. XXIX. Ad l. si quis conduxerit ff. locat. *De locatione simulata animo donandi factâ. De nummo & sestertio. Solemnia Veterum mancipationum. Quædam alia subjiciuntur ad substantiam locationis & venditionis pertinentia.*

Cap. XXX. Ad princ. tit. Inst. de servit. *Quæritur cur constitutâ itineris servitute possit quis lecticâ vehi. De lecticis Veterum: itemque Basternis, Carrucis, Sellis.*

LIBER SECUNDUS.

Caput I. *Explicatur copiosè* l. 2. C. quæ sit longa Consuet *Consuetudinem legi derogasse tam apud Athenienses, quàm apud Romanos perspicuè probatur multis exemplis. Posteriora esse potiora, & derogare prioribus probatur pariter multis exemplis.*

Cap. II. *Explicatur latissimè* l. si in emptione 34 in princ. ff. de contr. empt. *confutatis doctissimorum Hominum expositionibus, & communi opinione, quoad interpretationem ambiguorum pactorum contractibus adjectorum. De Pactis venditioni adjectis latè differitur: tùm verò de errore, & ambiguo: & quantùm inter se differant.*

Cap. III. *Explicatur* l. Græcè 8. §. illud commune ff. de fidejussor. *De fidejussore in duriorem causam accepto disputatur accuratè, & an obligetur in summa debitâ, si majorem summam promittat. Expenditur communis regula, quòd* utile per inutile non vitiatur: *& quandò non sit admittenda, demonstratur.*

Cap. IV. *Exponitur* §. si quis Stichum *ejusdem legis*, & l. si ita 42. ff. de fidejuss. *An fidejussor in aliam obligationem accipi possit, in controversiam adducitur. Committuntur multæ leges, quæ inter se pugnare videntur: & conciliantur, & explicantur. Quandò fidejussor in aliam obligationem acceptus intelligatur, luculenter exponitur.*

Cap. V. *Exponitur* l. ult. §. si mulier, *penult.* ff ad SC. Velleïan. *Quæritur an mulier possit renunciare beneficio Velleiani. Examinatur accuratè regula illa Juris, quòd* invito beneficium non datur: *distinguuntur varia genera beneficiorum; & quandò cesset illa regula, demonstratur. De renunciatione mulierum copiosè differitur, & multæ leges exponuntur.*

Cap. VI. *Examinatur* l. in his 5. §. si duos ff. de solution. *& quandò ea obtineat; & quæ requirantur, ut debitor solvens liberet eum fidejussorem, quem voluerit. Multa adjiciuntur de confusione principalis obligationis, & quomodò, & quâ ex parte per eum fidejussores liberentur: & quàm plura observantur ad explicationem hujus legis antehac non animadversa, quæ vel in foro versantibus omninò sunt necessaria.*

Cap. VII. *Explicatur* l. Marcellus 25. ff. de fidejuss. *Demonstratur in eâ agi de restitutione in integrum. Quandò furiosus, prodigus, & pupillus sine tutoris, & curatoris auctoritate obligentur. Quandò pro illis teneatur fidejussor: & adversùs eos regressum non habeat, & tunc quid juris sit.*

Cap. VIII. *Exponitur* l. si pupillus 89. ff. de acquir. vel omit. hered. *Cur in specie hujus legis in integrum restitutio prosit fidejussoribus: & minor restitutus nec naturaliter, nec civiliter maneat obligatus. Explicantur multæ aliæ leges.*

Cap. IX. *Explicatur* l. minor 51. ff. de procur. *Cur in specie hujus legis restitutio prosit fidejussori. Subjiciuntur multa de satisdationibus judicialibus, & quandò ampliùs non subsistant. Refellitur communis opinio, quòd fidejussor liberetur cùm principalis mutat qualitatem.*

Cap. X. *Exponitur copiosè* l. in omni-

bus 43. ff. de solut. *Disputatur accuratè cum restitutio non prosit fidejussoribus. Natura restitutionis diligenter expenditur. An exempto reo ab obligatione fidejussores liberentur, & de liberatione per deportationem latè disceptatur.*

Cap. XI. *Explicatur* l. debitor 59. in princ. ff. ad Senatusc. Trebell. & l. cùm quis 38. §. ult. ff. de solut. *Quo jure, & quandò tollatur obligatio confusione, latè disseritur: & an tollatur tam naturalis, quàm civilis obligatio: & an pignus liberetur sublatâ per confusionem obligatione: & an sit eadem ratio fidejussoris, & pignoris.*

Cap. XII. *Explicantur* l. 1. ff. qui pot. in pign. hab. & l. 2. C. de luit. pign. & *multæ aliæ leges. An pignoris obligatio possit subsistere sine principali obligatione, latissimè examinatur: & an possit accedere officio Judicis juxta communem opinionem. Quandò incipiat hypotheca filii in bonis patris: & pleraque alia pertinentia ad naturam pignoris dilucidè explicantur.*

Cap. XIII. *Exponitur* l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac. contrah. & *multæ aliæ leges, præsertim quæ ad privilegia mercatorum pertinent. An, qui mutuatur ad naves vel alias res restituendas, habeat privilegium prælationis. De privilegio exigendi, & privilegio pignoris. Multa de mercaturâ hactenùs non animadversa subjiciuntur: & an ea Romanis esset utilis. Ratio amplificandæ Civitatis Romanæ exponitur: & de frumentatione pauca delibantur.*

Cap. XIV. *Explicantur.* l. quod pupillus 41. ff. de condict. indeb. & l. pupillus 59. ff. de oblig. & act. & *multæ prætereà leges ad obligationem pupilli pertinentes. De naturali obligatione pupilli, & de ejus effectis tam in personâ ipsius pupilli, quàm in personâ aliorum latissimè disseritur.*

Cap. XV. *Exponitur* §. prætereà Instit. Tit. quib. mod. toll. oblig. & *omnes aliæ leges, in quibus agitur de restituenda actione adversùs veterem debitorem. De expromissione copiosè disseritur: & tota ratio restituendæ actionis adversùs debitorem liberatum accuratissimè expenditur.*

Cap. XVI. *Exponitur* l. 1. ff. de condit. & demonstr. *De die certo, atque incerto adjecto tùm legatis, tùm contractibus disputatur: quam vim habeat uterque, & quandò dies incertus faciat conditionem. An legatum ante diem agnosci, repudiarive possit: & quid in legatis intersit inter acquisitionem obligationis, & dominii.*

Cap. XVII. *Explicatur* l. libertis 18. §. ab heredibus ff. de alim. leg. *cum aliis multis. Agitur de legato alimentorum. De militiis: quæ earum genera: quæ militiæ ex casu: quæ essent in commercio: quæ ad heredes transmitterentur: & alia hujus generis explicantur. Annona Magistratibus præstari solita, & cætera ejusdem modi expenduntur.*

Cap. XVIII. *Exponitur text. in* l. sed etsi suscepit. 52. §. 1. ff. de judiciis. *De tesseris frumentariis, & earum legato accuratè disseritur. De tesseris extra ordinem. De pane distribuendo: de frumentatione.*

Cap. XIX. *Explicatur text. in* l. patronus 35. *in princ.* ff. de leg. 3. *De legato tribûs: quid esset tribum emere: tribûs nomen quot modis accipiatur: qui essent tribules, & cur ita appellati. Quæ Principum liberalitates & donationes? quid congiarium?*

Cap. XX. *Exponitur* l. in illâ stipulatione ff. de V. O. *Agitur de die adjecto conditioni promiscuæ, & latè disceptatur, an sit expectandus etiamsi conditio exstiterit ante lapsum diei, & arreptâ occasione multæ leges explicantur tùm ad locationem, tùm ad stipulationem pertinentes.*

Cap. XXI. *Exponitur* l. hoc jure 10. ff. de V. O. *Agitur de die adjecto conditioni non promiscuæ, & an sit expectandus conditione ante diem existente luculentissimè disputatur, & quàm plures leges explicantur, & inter se componuntur. Quod sit discrimen hâc in re inter conditionem promiscuam, & non promiscuam. Copiosè etiam disseritur de die adjecto tùm certo, tùm incerto, & variæ distinctiones proponuntur, & explicantur. Denique afferuntur septem exceptiones, in quibus non est expectandus dies adjectus conditioni non promiscuæ.*

Cap. XXII. *Exponitur* l. 1. ff. de legat.

LIBER

LIBER TERTIUS.

ſideratur ut quantitas, non ut corpus. Probatur in mutuo reddi poſſe quod acceptum eſt in aliâ monetâ, niſi ex hoc damnum paſſurus ſit creditor. Pecuniæ numeratio deſignat æſtimationem, non ſpeciem. Demonſtratur luculenter vis argumenti à contrario ſenſu. Refelluntur nonnullæ auctoritates.

CAP. XI. *Monetæ mutatio extrinſeca vel intrinſeca. Monetâ extrinſecùs mutatâ mutuatarium teneri ad reſtituendum tantùmdem æſtimationis probatur, multis argumentis. Contraria diluuntur.*

CAP. XII. *Mutatâ intrinſecùs monetâ, magis placet reddi poſſe novam monetam, dummodò ſit eadem æſtimatio. In pecuniâ non habetur ratio materiæ, ſed quantitatis. Pecunia quatenùs nobis dominium & uſum præbeat ſubſtantiâ & quantitate. A Romanis duobus modis moneta intrinſecùs mutata fuit.*

CAP. XIII. *Creditor oblatam pecuniam recuſans eſt in mora. Ejus tamen detrimentum non eſt. Genus pecuniæ perire poteſt; non tamen æſtimatio, quæ debetur. Reprobatur Interpretum explicatio.*

CAP. XIV. *Variæ antiquiorum JCtorum opiniones circà concurſum actionum pœnalium. Obtinuit tamen eas invicem non conſumi ſecundùm Ulpiani ſententiam, quæ Pauli ſententiæ præfertur. Proponitur conciliatio Pauli cum Ulpiano.*

CAP. XV. *Commodator agens actione commodati, & ex ea ſimplum obtinens non poteſt ampliùs agere actione legis Aquiliæ. Paulus Ulpiano & Cajo contrarius cum iis conciliatur. Expenditur textus noſter juxtà lectionem Pandectarum Florentinarum.*

CAP. XVI. *Explicatur copioſè, & exornatur celebris regula: Determinatio reſpiciens plura determinabilia, ea æqualiter determinat: Probatur eam locum habere in diſpoſitionibus, quibus convenit. Contrariis ſatisfit.*

CAP. XVII. *Regula ſuperiùs expoſita obtinet in una determinatione plura determinante, quæ in eadem oratione reperiatur. Conditiones ad illam non pertinent. A regula non recedendum, quamvis in utroque determinabili non ſit eadem ratio: neque etiamſi per eam determinaretur caſus contrà id, quod à lege generaliter ſtatutum eſt.*

CAP. XVIII. *Proponitur, & multis argumentis confirmatur regula: quòd in interpretandâ hominis diſpoſitione non eſt recedendum à ſcripto, cum ambiguum non eſt, quamvis diſcrepet à voluntate: non ſolum in ultimis voluntatibus, ſed etiam in contractibus. Contraria argumenta referuntur, ac confutantur.*

CAP. XIX. *Proponuntur plures regulæ ad dignoſcendum, quandònam ſcriptum ſpectandum ſit potiùs, quàm voluntas, quandò verò à ſcripto ſit recedendum, & voluntas ſpectanda. Multæ LL. explicantur.*

CAP. XX. *Verba generalia generaliter ſunt intelligenda: quamvis ſpecialia adjiciantur, aut concurrant, quæ reſtringere poſſint orationem. Genus plerumque & latiùs patere, & anguſtius contrahi poteſt. Quæ ad genus dilatandum, quæque ad coarctandum accommodata ſint.*

CAP. XXI. *Proponitur, & in utramque partem diſputatur quæſtio: An generalis diſpoſitio comprehendat etiam ea, quæ impropriè in illo genere continentur: Negativa ſententia probatur. Cum lex aliquid alteri æquiparat, aliud pro alio accipi poteſt. Mens diſponentis maximè inveſtiganda.*

CAP. XXII. *Probatur copioſè quòd genus non comprehendit ſpeciem, de quâ nominatim diſpoſitum fuit tam quoad res, quàm quoad perſonas. Contraria diluuntur; multæque LL. explicantur, & conciliantur.*

CAP. XXIII. *Proponitur examinanda quæſtio: an ſpecies expreſſæ coarctent genus, & ad eaſdem contrahant: In hâc forenſes veritatem non aſſecuti. Explanantur veterum JCtorum reſponſa, quæ in utramque partem afferri ſolent.*

CAP. XXIV. *In clarâ diſponentis voluntate ſpecies expreſſas genus coarctare liquidum eſt: in obſcurâ verò controverſum: Traduntur quinque regulæ ad dignoſcendum, quid in hâc re ſtatuendum ſit, & exemplis confirmantur. Multæ LL. explicantur.*

CAP. XXV. *An generali ſermone non*

APPROBATIO.

EX Mandato Illustrissimi Galliarum Cancellarii, perlegi JOSEPHI AVERANII *Interpretationes Juris*, atque Editionis iteratione dignas reperi. Datum Parisiis, die 21. mensis Maii, anno Domini 1749.

RASSICOD.

PRIVILEGE GENERAL.

Nº 3232.

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE; A nos amés & féaux Conseillers, les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de nôtre Hôtel, Grand Conseil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans Civils, & autres nos Justiciers qu'il appartiendra; SALUT. Nôtre Amé PIERRE BRUYSET, Libraire à Lyon, Nous a fait exposer qu'il désireroit faire imprimer & donner au Public un Ouvrage qui a pour titre: JOSEPHI AVERANII *Interpretationum Juris, Libri quinque*. S'il nous plaisoit lui accorder nos Lettres de Privilége pour ce nécessaires. A CES CAUSES voulant traiter favorablement l'Exposant, Nous lui avons permis, & permettons par ces Présentes de faire imprimer ledit Ouvrage, en un ou plusieurs volumes, & autant de fois que bon lui semblera, & de le vendre, faire vendre & débiter par tout nôtre Royaume, pendant le tems de neuf années consécutives, à compter du jour de la date desdites Présentes. FAISONS défenses à tous Libraires, Imprimeurs, & autres personnes de quelque qualité & condition qu'elles soient, d'en introduire d'impressions étrangères dans aucun lieu de notre obéïssance: comme aussi d'imprimer, ou faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit Ouvrage, ni d'en faire aucuns Extraits sous quelque prétexte que ce soit d'augmentation, correction, changement ou autre, sans la permission expresse & par écrit dudit Exposant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiscation des Exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des Contrevenans, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, l'autre tiers audit Exposant, ou à celui qui aura droit de lui; & de tous dépens, dommages & intérêts; à la charge que ces Présentes seront enrégistrées tout au long sur le Registre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, dans trois mois de la date d'icelles, que l'impression dudit Ouvrage sera faite dans nôtre Royaume & non ailleurs, en bon Papier & beaux Caractères, conformément à la feüille imprimée attachée pour modèle sous le contre-scel desdites Présentes; que l'Impétrant se conformera en tout aux Règlemens de la Librairie, & notamment à celui du 10. Avril 1725. qu'avant de l'exposer en vente, le Manuscrit qui aura servi de copie à l'impression dudit Ouvrage, sera remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée, ès mains de nôtre très cher & féal Chevalier le Sieur DAGUESSEAU, Chancelier de France, Commandeur de nos Ordres, & qu'il en sera ensuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliothéque Publique, un dans celle de notre Château du Louvre, & un dans celle de notredit très cher & féal Chevalier le Sieur DAGUESSEAU, Chancelier de France; le tout à peine de nullité desdites Présentes. Du contenu desquelles Vous mandons & enjoignons de faire joüir ledit Exposant, & ses ayans cause, pleinement & paisiblement, sans souffrir qu'il leur soit fait aucun trouble ou empêchement. VOULONS que la Copie des Présentes qui sera imprimée tout au long au commencement, ou à la fin dudit Ouvrage, soit tenuë pour dûëment signifiée; & qu'aux Copies collationnées par l'un de nos amés feaux Conseillers & Secretaires, foi soit ajoutée comme à l'Original. COMMANDONS au premier notre Huissier ou Sergent sur ce requis, de faire pour l'exécution d'icelles, tous Actes requis & nécessaires, sans demander autre permission, & nonobstant Clameur de Haro, Charte Normande, & Lettres à ce contraires. CAR tel est notre plaisir. DONNÉ à Paris le septiéme jour du mois de Juin, l'an de Grace mil sept cent quarante neuf, & de notre Régne le trente-quatriéme.

PAR LE ROI EN SON CONSEIL,

Signé, SAINSON.

Registré sur le Registre XII. de la Chambre Royale des Libraires & Imprimeurs de Paris, Nº. 174. Folio 164. conformément aux anciens Réglemens, confirmés par celui du 28. Février 1723. A Paris le 13. Juin 1749.

Signé, G. CAVELIER, Syndic.

JOSEPHI

JOSEPHI AVERANII,

Jurisconsulti & Antecessoris,

INTERPRETATIONUM JURIS
LIBER PRIMUS.

CAPUT PRIMUM.
AD L. IMPERIUM III.
ff. de Jurisdict.

SUMMARIUM.

1 *Imperium merum quid sit.*
2 *Gladius multis modis accipitur.*
3 *Sententia Judicis certa esse debet.*
4 *Non debet esse ambigua, generalis, & obscura.*
5 *Interpretanda est secundùm propriam verborum significationem.*
6 *Gladii nomen in sententia materialiter accipi debet.*
7 *Ad gladium dari quid? & ad gladium ludi deputari.*
8 *Jus gladii quid significet?*
9 *Gladius, insigne imperii.*
10 *Gladium dando Imperator merum imperium conferebat: & gladium adimendo adimebat imperium.*
11 *Honores juris gladii quid dicerentur?*
12 *Potestatem gladii habere, & gladii potestate succingi, quid significet?*
13 *Stante Rep. insigne imperii erant secures.*
14 *Consules non præcedebant secures in urbe post legem Valeriam, sed extra urbem.*
15 *Cur gladius esse cœperit insigne imperii?*
16 *Gladii nomen in definitione meri imperii refertur ad omnes graviores animadversiones.*
17 *Animadvertendi verbum aliquando ad pœnam mortis: aliquando ad alias pœnas graves refertur.*
18 *Aliquando etiam ad leviores.*
19. 20 *Explicatur definitio meri imperii.*
20 *Merum imperium aliquando plura, aliquando pauciora genera animadversionum comprehendit.*
21 *Quoad merum imperium, tantùm quis habet, quantùm ei specialiter concessum est*
22 *Merum imperium in quibusdam plenius, in quibusdam minus plenum.*

De mero imperio pauca delibemus. De eo tres occurrunt quæstiones. Quid sit: quibus datum sit: & an mandari possit, singulas strictim attingamus. A primâ ordiamur.

1 Quid sit merum imperium, eleganter explicat Ulpianus in *l. 3. ff. de jurisd.* his verbis: ***Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines.*** Reprehendunt plerique Ulpianum,

quòd, si non absurdè, saltem minùs distin-
ctè, atque explicatè nobis meri imperii na-
turam descripserit. Expendamus igitur accu-
ratè Ulpiani verba, quæ non difficiles ha-
bent explicatus apud homines non omninò
rudes, & imperitos, & antiquitatis ignaros.
2 Gladii nomen multis modis accipitur.
Aliquando significat gladium ipsum, hoc
est, ferrum ipsum, quo quis feriri debet.
Uno verbo, ut cum scholis loquar, acci-
3 pitur materialiter. In hac significatione ac-
cipitur in sententia judicis, quæ, cùm cer-
ta esse debeat, §. *curare Instit. tit. de action.*
l. in sententiis 59. *ff. de re judic. l. pen. &*
ult. C. de sentent. quæ sine certâ quant. non
recipit metaphoricas interpretationes, ne
4 reddatur ambigua, generalis, obscura con-
tra text. in *l. quid tamen* §. *Pomponius ff. de*
5 *recept. arbitr.* Si igitur sententiam judicis
interpretari debeamus secundùm certam ac
propriam verborum significationem, iu ea
gladii nomen pro ipso gladio materiali ac-
cipere debemus. Hinc Ulpianus in *l. aut*
6 *damnum* §. 1. *ff. de pœn.* ait: *Vita adimitur,*
ut puta, si damnatur aliquis, ut gladio in
eum animadvertatur: sed animadverti gla-
dio oportet, non securi, vel telo, vel fusti-
bus, vel laqueo, vel quo alio modo. Itaque
meritò Antoninus Caracalla, cùm Papinia-
num nostrum gladio feriri jussisset, & secu-
ri percussus esset, percussorem increpavit
his verbis: *gladio te oportuit exequi jussum*
meum. Planè ad gladium Ludi damnari di-
cebantur, qui ad ludum gladiatorum dam-
nabantur. *Capitolin. in Macrin. Servos, qui à*
dominis fugissent, ad gladium Ludi deputa-
7 *bat.* quò fortasse referendi sunt text. in *l. si*
quis mihi §. *si quis planè ff. de acquir. vel*
om. hered. in *l.* 6. §. *irritum fit ff. de injust.*
rupt. in *l.* 1. *in princ. ff. de Abig.* & *Pauli*
l. 5. *sentent. tit.* 17. ibi: *Sanè, qui ad gla-*
dium dantur, intra annum consumendi sunt.
Differunt enim hæc inter se, damnari ali-
quem, ut gladio feriatur: & damnari ali-
quem, ut ad gladium detur. Sicut etiam
discrimen est inter eos, qui ad gladium dan-
tur; & eos, qui damnantur ad ludum. Illi
enim intra annum consumi debent: hi & pilea
& rudem accipere possunt. Sed hæc obiter.
Aliquando gladii nomen in laxiori signi-
ficatione accipitur, &, ut ita dicam, for-
maliter, & comprehendit omne genus ul-
timi supplicii. Non aliter accipitur, cùm 8
dicimus *jus gladii*, quod plerùmque signi-
ficat jus vitæ & necis. Cornel. Tacit. *lib.* 3.
Histor. de Vitellio Imperatore: *Postremo fletu*
præpediente assistenti Consuli (Cæcilius Sim-
plex erat) *exsolutum à latere pugionem, ve-*
lut jus necis vitæque civium, reddebat. D.
Augustin. *epist.* 61. *ad Dulcitium Tribunum:*
Nec enim gladii jus in eos accepisti. Sen.
lib. 1. *de ira cap. ult. Vides, quam debeat*
omni perturbatione liber accedere ad rem sum-
mâ diligentiâ tractandam, potestatem vitæ
necisque: malè irato ferrum committitur. In
hac significatione plerùmque accipitur in
jure nostro jus gladii: adeò ut solummodò
comprehendat potestatem damnandi ad ul-
timum supplicium, non verò referatur ad
alias pœnas etiam minores. Ulpian. *in l.*
illicitas §. *qui universas ff. de offic. Præs. Qui*
universas provincias regunt, jus gladii ha-
bent, & in metallum dandi potestas eis per-
missa est. Idem *in l. solent.* 6. *ff. de offic. Pro-*
cons. Nec enim potest quis gladii potestatem
sibi datam, vel cujus alterius coercitionis ad
alium transferre. Idem *l. nemo potest.* 10. *ff.*
de reg. jur. ubi eadem habentur verba. In
his omnibus legibus gladii jus significat jus
vitæ & necis, & distinguitur à jure infli-
gendi alias pœnas. Et in *l. cum jur.* 31. *C.*
ad leg. Jul. de adult. Jubemus insurgere le-
ges, armari jura gladio ultore, ut exquisitis
pœnis subdantur infames.
Aliquando denique gladius est insigne 9
imperii, & quoties tamquam insigne im-
perii consideratur, comprehendit non so-
lùm ultimum supplicium, sed etiam omnes
graviores animadversiones, quæ ad impe-
rium pertinent. Tacit. *l.* 3. *hist. Assistenti*
Consuli exsolutum à latere pugionem, velut
jus necis vitæque civium, reddebat. Asper-
nante consule, reclamantibus, qui in concione
astiterant, ut in æde Concordiæ positurus insig-
nia imperii, domumque fratris petiturus,
discessit. Vides inter insignia imperii pugio-

nem. Sueton. *in Galba cap.* 11. *Deposita legati, suscepit Cæsaris appellationem: iterque ingressus est paludatus, ac dependente à cervicibus pugione ante pectus.* Senec. *de clement. cap.* 11. *Præstitisti Cæsar civitatem incruentam: & hoc, quod magno animo gloriatus es, nullam te toto orbe stillam cruoris humani misisse, eo majus est, mirabilinsque, quod nulli unquam citiùs gladius commissus est.* Gladium pro imperio dixit. Neroni enim septemdecim annis nato delatum imperium, seu gladius commissus est, imperii insigne.

Nec solùm in Imperatoribus, sed etiam in Magistratibus imperii insigne erat gladius.
10 Ei enim, cui Imperator gladium dabat, conferebat merum imperium: & contra merum imperium adimebat ei, quem gladium deponere volebat. Dio, *lib.* 53. *de Augusto.* Τήν τε στρατιωτικὴν στολὴν φοροῦνται, καὶ ξίφος, οἷς γε καὶ στρατιώτας δικαιῶσαι ἔξεστιν, ἔχονται. Ἄλλῳ γὰρ οὐδενὶ, οὔτε ἀνθυπάτῳ, οὔτε ἀντιστρατήγῳ, οὔτε ἐπιτρόπῳ, ξιφηφορεῖν δέδοται, ᾧ μὴ καὶ στρατιώτην τινὰ ἀποκτεῖναι ἐξεῖναι νενόμισται. Οὐ γὰρ ὅτι τοῖς βουλευταῖς, ἀλλὰ καὶ τοῖς ἱππεῦσιν, οἷς τοῦθ' ὑπάρχει, καὶ ἐκεῖνο συγκεχώρηται. hoc est: *Tribuit illis ut veste militari uterentur, gladiumque gestarent, quibus in milites animadvertere jus esset. Nulli enim alii, neque Proconsuli, neque Proprætori, neque Procuratori Cæsaris conceditur, ut gladium gestet, cui non etiam necandi militis jus detur. Omnibus enim non solum Senatoribus, sed etiam Equitibus, quibus illud conceditur, hoc etiam datur.* En, quod omnibus, quibus Imperator gladium dat, dat etiam imperium: nempè, quia gladius imperii insigne. Est illud à *Xiphilino* ac *Zonara* relatum Trajani magnanimum dictum, qui, cùm Licinio Juræ Præfecto Prætorio gladium porrigeret, quo eum ob dignitatem cingi oportuit: *Accipe,* inquit, *hunc gladium, ut eo, si bene imperavero, pro me; sin malè, in me utaris.* Julianus Imperator, Christianæ Religionis irrisor petulantissimus, statuit Christianis procurationem Provinciarum, & juris dicundi provinciam non esse committendam, cùm illis Christi lex gladio uti non permitteret: ut refert Rufinus *lib.* 1. *Histor. Ecclesiast. cap.* 1. Herodian. *lib.* 3. *de Plautiano, Præfecto Prætorio sub Imperatore Severo*: Παρῃεὶ αὐτό τε τὸ ξίφος, καὶ πάντας ἀξιώματος σχῆμα ἐφόρει μόνος. *Suspensum gestabat ensem, & omnia insignia dignitatis ipse solus.* En, præcipuum dignitatis insigne gladius. Plutarchus in Galba: Τιγελλίνῳ τῷ συνάρχοντι προσέταξεν ἀποθέσθαι τὸ ξίφος, *Tigellino collegæ imperavit, ut gladium deponeret.* Deponere gladium jussit, cùm voluit eum abdicare magistratu.

Hinc magistratus, qui habebant merum imperium, dicebantur *honores juris gladii.* 11
Lamprid. *in Alexand. Sev. Honores juris gladii nunquam vendi passus est, dicens: necesse est, ut, qui emit, vendat. ego non patiar mercatores potestatum*; & qui habebant merum imperium, jus, & potestatem 12
gladii habere dicebantur, & gladii potestate succingi, cùm merum imperium ipsis dabatur. Julius Capitol. *de Gordianis: Filiusque legatus patris exemplo Scipionum gladii potestate succinctus est.* Sulpic. Sever. *in vita B. Martini lib.* 3. *Illi cura præcipua, ne Tribuni cum jure gladiorum ad Hispanias mitterentur.* Jul. Firmic. *lib.* 3. *Math. cap.* 5. *Et in magnis administrationibus juris gladii decernit potestatem.* Huc alludit D. Paulus epist. ad Roman. c. 13. *Si malum feceris, time: non enim sine causa gladium portat.*

His probè constitutis apparet, olim quidem stante rep. meri imperii insigne fuisse secures. Nam cùm initio Consules merum 13
imperium haberent, ipsos præcedebant duodecim lictores cum securibus. Adempto autem ipsis mero imperio per legem Valeriam, *l.* 2. *§. exactis, & §. & quia ff. de origin. jur.* ablatæ quoque fuerunt ipsis secures, & relicti fasces sine securibus. Quia verò Consulibus ad bellum prodeuntibus mandaba- 14
tur imperium, idcircò extra urbem sumebant secures: quia magistratus urbem egressus statim accipit insignia magistratûs, & imperii; *l.* 1. *ff. de off. Proconf.* nec ante ea deponit, quàm urbem ingrediatur. *l. ult. ff. eod.* Dionys. Halicarnass. *lib.* 4. de Valerio Poplicola, qui legem Valeriam tulit de provocatione: Βεβαίαν τε πίστιν ὑπὲρ τῆς ἐλευθερίας τοῖς δημοτικοῖς λαβεῖν βουλόμενος, ἀφεῖλεν ἀπὸ τῶν

ῥάβδων τοὺς πελέκεις, καὶ κατεστήσατο τοῖς μετ' αὐτὸν ὑπάτοις ἔθος, ὃ καὶ μέχρι τῆς ἐμῆς διέμενεν ἡλικίας, ὅταν ἔξωθεν τῆς πόλεως γένωνται, χρῆσθαι τοῖς πελέκεσιν, ἔνδον, δὲ ταῖς ῥάβδοις κοσμεῖσθαι μόναις. *Firmam, ac stabilem fidem libertatis populum accipere volens, ademit à fascibus secures, moremque traduxit ad sequentes Consules, qui etiam hac ætate servatur, ut, cùm extra urbem essent, securibus uterentur, intra urbem autem incederent cum solis fascibus.* Dictatori autem, quia, quoties creatus erat sine provocatione, merum imperium habebat, etiam in urbe præferebantur fasces cum securibus, ut auctor est idem Dionys. *eod. lib.* 4. Itaque stante rep. secures erant insigne meri imperii, quia eo tempore, non gladio, sed securi feriebant delinquentes. Imperatorum ævo, post introductam gladii pœnam, insigne imperii fuit gladius, ut ostendimus.

Quamquam enim gladius ad mortem referatur, non ad alias animadversiones; tamen, quia illis, quibus dabatur jus vitæ
15 & necis, concedi solebant etiam aliæ animadversiones, etsi non semper omnes, tamen aliquæ saltem ex iis, quæ pertinent ad merum imperium; idcircò gladius cœpit esse insigne imperii.

In hac autem significatione accipitur in Ulpiani definitione, quàm explicamus,
16 gladii nomen. Itaque adjecit Ulpianus illa verba: *ad animadvertendum in facinorosos homines*; ut intelligeremus, eum non referre nomen gladii, ut diximus in explicatione primæ significationis, vel ad pœnam mortis juxta secundam significationem, sed ad
17 omnes graviores & atrociores pœnas. Licèt enim animadvertendi verbum aliquando referatur ad ultimum supplicium, ut in *l. prospiciendum §. ult. & l. seq. ff. de pœn. & in l. si quid erit ff. de offic. Proconsul.* tamen ex propria significatione omnes graves pœnas comprehendit. Sallust. *ubi priùs verberibus in eos animadverteretur.* Cic. *in Verr. In Achaia Magistratum Sicyonium nummos posci: cùm non daret, animadvertit. improbum, sed inauditum genus animadversionis videte. l. etsi percussor 6. ff. ad SC. Sillan. l. in eum 5. ff. de extraord. crimin.* & alibi.

Imò verbum animadvertendi omnes pœnas comprehendit, etiam leviores, & pecuniarias, ut in *l. aliud fraus. ff. de V. S. l.* 18 *item apud Labeonem §. ait Prætor ff. de injur. l. 1. de aleator.* & passim. Et ideò in *l. 1. §. solent ff. de offic. Præf. urbi*, ea, quæ continet pœnam mortis, & præterea graves alias coërcitiones, appellatur *major animadversio.*

Itaque in nostra definitione verba illa, *potestatem gladii*, restringunt verba sequentia: *ad animadvertendum*; &, quia levis animadversio non pertinet ad potestatem gladii, nec convenit facinorosis hominibus. Contra verba sequentia quodammodo 19
dilatant antecedentia: cùm enim generalia sint, demonstrant quid nomine gladii voluerit significare Ulpianus, & in qua significatione sit accipiendum.

Postremò animadvertendum est, cautè ab Ulpiano ita fuisse definitum merum imperium. Cùm enim merum imperium aliquando latiùs pateat, aliquando contrahatur angustiùs; & in aliis magistratibus plura, in aliis pauciora genera animadversionum comprehendat; non poterant exactè, & verbis designantibus certa pœnarum genera describi: ut puta: Præses Provinciæ habebat 20
merum imperium, *l. illicitas §. qui universas ff. de off. Præs.* & tamen non poterat deportare. Contra Præfectus Prætorio, & Præfectus urbi, qui pariter habebant merum imperium, poterant etiam deportare. *l. inter pœnas 6. §. 1. ff. de interd. & releg.* 21
l. 1. §. deportatos cum seq. ff. de leg. 3. Quia, cùm agitur de mero imperio, tantùm quis habet, quantum ei specialiter datum est. Quamobrem, cùm pœna metalli, pœna deportationis, & hujus generis aliæ, non sint de substantia meri imperii, licèt ad ipsum pertineant; non poterant nominatim in definitione comprehendi, sed utendum erat verbis, quæ possent illas complecti, sed necessariò non comprehenderent. Cujusmo- 22
di sunt ea, quibus usus est Ulpianus. Nam gladius erat quidem insigne imperii, sed pro conditione magistratus, à quo gesta-

batur, majus, minusve imperium designabat. In Imperatore Regiam potestatem indicabat: in præfecto Prætorio merum imperium, sed plenum: in Præsidibus idem imperium, sed non adeò plenum, & absolutum.

CAPUT II.

AD L. 1. FF. DE OFFIC. EJUS, *cui mand. est jur.*

SUMMARIUM.

1 *Sententia Lotarii & Azonis, quoad merum imperium improbatur.*
2 *Magistratus habent merum imperium, non solùm ejus usum.*
3 *Qui habet merum imperium, tum exercitionem publici judicii habet, tum executionem condemnationis.*
4 *Quis esset judex quæstionis*
5 *Magistratus potest reum absolvere, non pœnam remittere condemnato.*
6 *Princeps non habet merum imperium.*
7 *Potestas regia eminenter continet jurisdictionem, merum, & mixtum imperium.*
8 *Comparatio Principis cum Deo, quoad imperium.*
9 *Princeps dat merum imperium magistratibus, licèt ipse illud non habeat.*
10 *Dominus non habet reè sua servitutem usus, vel ususfructus, & tamen illas alteri concedit.*
11 *Princeps omnia facit jure regia potestatis, non jurisdictionis, aut meri, & mixti imperii.*

SUccedit altera quæstio, de his qui habent merum imperium. Lotarius respondit, solum Imperatorem habere merum im-
1 perium: Magistratus habere nudum ejus usum, & exercitium. Contra Azo respondit, etiam magistratus habere ipsum merum imperium, ipsam potestatem, ipsum jus gladii. Ego neutri assentior. Non Lotario, quia falsum puto, magistratus non habere merum imperium. Non Azoni, quia puto, solos magistratus habere merum imperium, non autem Imperatorem, aut Principem.

Sententia Lotarii facilè refellitur animadvertendo, quòd semper in jure nostro merum imperium refertur ad magistratus, iique dicuntur habere merum imperium, habere jus gladii, habere potestatem, quæ nihil aliud est, quàm merum imperium. *l. im-* 2
perium ff. de jurisdict. Hæc omnia magistratui tribuuntur in *l. 4. ff. de off. Præsid. in l. & ideò ff. de off. Proconf. in l. 2. ff. de in jus voc. in l. lege Juliâ 7. & l. qui dolo 10. ff. ad leg. Jul. de vi publ. in l. 2. §. exactis ff. de orig. jur. in l. ill. citas §. qui universas ff. de offic. Præsid. in l. 12. & ult. ff. de offic. Proconf. in l. 1. in princ. ff. de off. ejus cui mand. est jurisd.* ibi *suam jurisdictionem*, & in §. 1. ibi *sed merum imperium, quod lege datur.* Contra nusquam in jure nostro traditum est, magistratus habere usum, aut exercitium meri imperii.

Non ignoro ea, quæ traduntur in nostra *l. 1. princ.* ibi *& ideò videntur errare magistratus, qui, cùm publici judicii habeant exercitionem, lege vel Senatusconf. delegatam.* In *l. sunt præterea ff. de extraord. crimin.* ibi *sunt prætereà crimina, quæ ad executionem Præsidis pertinent.* & in *l. sunt quædam in fin. ff. eod. hanc rem Præsides exequi solent graviter usque ad pœnam mortis.* & in *l. ult. C. ut nemo privatus.* ibi *executoresque hujus legis omnes judices esse oportere.*

Sed hæc nullam vim habent ad probandam Lotarii sententiam: neque enim ibi nominatur usus, aut exercitium meri imperii: sed exercitium publici judicii. Et rectè. 3
Nam, qui habet merum imperium, utique exercet publica judicia, & publici judicii habet exercitionem. Quorsum enim ei datum est à lege jus gladii? An, ut eo utatur adversùs eos, qui judicati, & condemnati non sunt? Absit. abuteretur hâc ratione mero imperio, non legitimè uteretur. Itaque merum imperium & continet exercitionem publici judicii, & continet executionem condemnationis; & qui utrumque habet, utique habet merum imperium. Quamobrem laudatæ leges apertè demonstrant, magistratus habere merum imperium, cùm ipsis tribuant & judicii exercitionem, & executionem pœnæ. Nec sine causa verbo exercitionis utitur Papinianus in laudata *l. 1. ff. h. t.* cùm verbum illud ad judicium referat, cujus propria est exercitio. *l. etiam 15. ff. ut legat. nom. caveat.* Et maximè con-

venit verbum hoc publicis judiciis, quæ propriè exerceri dicuntur. *l. ordo* 8. *ff. de publ. judic. l. qui dolo* 10. *ff. ad leg. Jul. de vi publ. l. hac stipulatio nov. ff. de V. S.* Liv. *lib.* 9. *In me primum, & in hunc M. Tullium quæstiones exerceatis.* Cicer. 3. *in Verr. Atque etiam judicium in Pratura publicum exercuit.* Sueton. *in Jul. Cæsare cap.* 11. *Atque in exercenda de sicariis quæstione eos quoque sicariorum numero habuit, qui proscriptione ob relata civium Romanorum capita pecunias ex ærario acceperant, quamquam exceptos Cor-
4 neliis legibus.* Hæc autem exercitio quæstionis, seu publici judicii extra ordinem lege, vel Senatusconf. delegabatur, isque, cui delegata erat, judex quæstionis appellabatur. *l.* 2. §. *& quia ff. de orig. jur. l.* 1. §. 1. *ff. ad l. Corn. de Sicar.* Et huc pertinet textus in *l.* 7. §. *ult. ff. de offic. Proconf.* Et hoc notissimum est non ignaris antiquitatis.

Neque ex eo, quòd Magistratus non possit liberare condemnatum, eique pœnam remittere, argui potest, eum non habere merum imperium. Nam Magistratus non propterea, quòd habeat merum imperium, idcircò est supra leges. Magistratus enim est legum executor, non eversor. *l. ult. C. ut nemo privat.* Ideò rectè Magistratus, *lex lo-
5 quens* à M. Tullio appellatur. Quapropter potest quidem reos absolvere, *l. solent.* 6. *ff. de offic. Proconf.* non tamen potest remittere pœnam condemnatis. *l.* 4. *in fin. ff. de pœn.* hoc enim facere potest solus Princeps, qui est supra leges. *l. acta* §. 1. *ff. de re judic.* nec tamen hac facultate, ac potestate abuti debet, sed id ex causa facere. *d. l.* 4. *in fin. ff. de pœn.* Absolutio, sicut & condemnatio, est legibus consentanea: ideò magistratui committitur. *l. nemo qui condemnare ff. de reg. jur.* Tertullian. *advers. Marcian. lib.* 4. *Qui enim judicat, absolvit.* Remissio pœnæ, reorum jam condemnatorum liberatio, est contraria legibus, & ideò soli Principi permissa.

Habent itaque Magistratus merum imperium, cùm eis à lege datur. Merum imperium habere etiam Principem, in confesso est apud omnes. Ego vero, ut dicam quod sentio, nusquam legi apud veteres, Prin-
cipem habere merum imperium. Est hoc pro- 6
prium magistratuum, quorum alii merum, alii mixtum imperium habent. Merum enim dicitur imperium, ut mixto opponatur, & ab eo distinguatur: quod fieri non debet in Principe, qui supremam, ac regiam habet potestatem, in qua hæc omnia absorbentur. Jurisdictio, merum, ac mixtum impe-
rium in Principe non distinguuntur, atque 7
hæc omnia idem sunt, & uno regiæ potestatis nomine, atque autoritate continentur, quæ hæc omnia supereminet, atque, ut ita dicam, hæc omnia continet eminenter.

Deo similes sunt Principes, quos argutè Plautus *humanos Joves* appellat, qui tamen
hominum more moriuntur. Tertullian. *ad* 8
Scapulam: Sic Imperator omnibus major est, dum solo Deo minor est; & in *Apolog. contra gent. Sciunt Imperatores, quis illis dederit imperium: sentiunt, Deum esse solum, in cujus solius potestate sunt, à quo sunt secundi, post quem primi ante omnes Deos, & super omnes homines.* Et paulò post; *Temperans majestatem Cæsaris infra Deum, magis illum commendo Deo, cui solo subjicio.* Deus creavit omnia, eisque communicat, quicquid ipsa sunt. Deus autem nihil est eorum, quæ creavit: &, quamvis ea nihil habeant, quod ab ipso non habeant, tamen in Deo nihil est eorum, quæ ipsa habent: & nihilominùs omnia comprehendit, & omnia infinitate
suâ superminet. Princeps creat Magistratus. 9
l. 1 *ff. ad leg. Jul. de ambit.* Magistratibus, quos creavit, communicat imperium; in ipso tamen non residet ejusmodi imperium, cujusmodi est in Magistratu, sed suprema ac regia potestas quæ comprehendit quidem, & continet eminenter omnia jura magistratuum, ipsa tamen nihil est eorum, quæ tribuit magistratibus. Jus magistratuum absorbetur in regia potestate; & non est amplius id ipsum, quod est, cùm residet in magistratu.

Sed, ut aliquantò demittam orationem, & planiùs, explicem quod volo, à jure nostro depromamus exemplum. Dominus rei suæ dominium habet, non usum, aut usum-
fructum. *L. Sempronius Attalus in princ. ff.* 10

de usufr. legat. l. uti frui 5. *in princ. ff. si usufruct. petat. l. in re communi* 26. *ff. de servit. urban. præd.* Concedit tamen cuilibet rei suæ usum, vel usumfructum: ipsique communicat jus utendi, fruendi, quod in Domino non distinguitur à jure dominii, quo absorbetur. Itaque Dominus in re sua facère potest ea omnia, quæ usuarius, & & usufructuarius & etiam multò plura: non tamen ea facit jure usûs, vel usufructûs, sed jure dominii. Princeps quoque propriè non habet merum, aut mixtum imperium, aut jurisdictionem, qualem habent Magistratus. Tribuit tamen hæc magistratibus, quæ, cùm in ipso sunt, non distinguuntur à regia potestate, cui insunt ab ea minimè
11 sejuncta, atque distincta. Quare Princeps
facere potest ea omnia, quæ sunt jurisdictionis, mixtique, ac meri imperii, quæque possunt facere Magistratus: non tamen ea facit eâdem autoritate, qua Magistratus, neque jure ejus imperii, quod habent Magistratus; sed jure suæ potestatis, quæ longè supereminet omnia jura magistratuum, eique tribuit facultatem faciendi alia multa, quæ facere nequeunt Magistratus.

CAPUT III.

AD EAMD. LEG.

SUMMARIUM.

1 *Merum imperium mandari non potest.*
2 *Merum imperium nominatim à lege datur.*
3 *Refertur sententia Massinii de mandando mero imperio.*
4 *Confutatur hæc sententia.*
5 *Explicantur verba l.* 1. *ff. de off. ejus.*
6 *Merum imperium nemo poterat habere nisi à populo, aut à Senatu.*
7 *Imperium militare erat idem, ac merum imperium, & eodem modo dabatur.*
8 *Legibus Valeriis ademptum est Magistratibus merum imperium.*
9 *Consules non habebant merum imperium post leges Valerias.*
10 *Dabatur ipsis aut lege curiata, aut Senatusconsf.*
11 *Dictator non habebat merum imperium.*
12 *A Dictatore ad populum provocabatur.*
13 *Dictator creatus*, ut optima lege, *habebat merum.*
14 *Imperium à Senatu.*
15 *Dictatori aliquando imperium lege curiata dabatur.*
16 *Præfectus urbi habebat merum imperium.*
17 *Item Præfectus Prætorio.*
18 *Item Proconf. Præsides, Prætores provinciales.*
19 *Item Legati Cæsaris.*
20 *Item Legati consulares.*
21 *Item Præfecti quatuor à Constantino creati.*
22 *Præfectus Prætorio non poterat mandare merum imperium: refellitur argumentum Massinii.*

SUperest tertia quæstio de potestate 1
mandandi merum imperium. Merum imperium mandari non posse, satis constat ex nostra *l.* 1. *in princ. versic. & ideo & in* §. 1. *versic. verius. Verius est enim, more majorum jurisdictionem quidem transferri: sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire, l. solent.* 6. *in princ. ff. de offic. Proconf. l. nemo potest.* 10. *ff. de reg. jur.* Quod & evidens ratio suadet: nam ea, quæ nominatim aliquâ lege, vel Se-
natusconf. vel Principum constitutione tri- 2
buuntur, mandari non possunt. *l.* 1. *in princ. ff. de offic. ejus.* hujusmodi autem est merum imperium. *d. l.* 1 *in princ.* ibi *lege vel Senatusconf. delegatam*: & in §. 1. ibi *merum imperium, quod lege datur. d. l. solent, & d. l. nemo* ibi. *gladii potestatem sibi datam.*

Sed declamat Vir doctus, Philippus Massinius, qui ad explicationem nostræ legis primæ magno conatu contendit probare, merum imperium naturâ suâ potuisse man-
dari etiam de jure civili. Putat enim merum 3
imperium aliquando à lege dari; &, hoc non posse mandari, concedit: aliquando competere jure magistratus, ut Consulibus, Dictatori, Præfecto Prætorio Orientis, sub quo erant quinquaginta provinciæ, quas administrare non potuisset, si non habuisset jus mandandi merum imperium. Id ipsum confirmat animadvertendo, quòd prohibentur mandare merum imperium ii solùm, qui habent illud à lege, vel Senatusconf. ut in modò laudatis legibus. Sunt igitur alii, qui illud à lege non habent, quique ipsum mandare non prohibentur.

Sed fallitur meo judicio: nam verba illa,
à lege datum, & hujus generis cætera, non 4
adjiciuntur à veteribus, ut distinguatur

merum imperium, quod datur à lege, à mero imperio, quod competit jure magistratus. Nusquam enim in jure nostro fit mentio meri imperii, quod jure proprio, seu jure magistratus competat: undè promptum est conjicere, merum imperium numquam competere jure proprio. Quamobrem verba illa adjiciuntur tum ad demonstrandam na-
5 turam meri imperii, tum ad indicandam rationem, cur mandari non possit; tum denique, ut distinguatur à jurisdictione, quæ competit jure magistratus; ut constat ex nostra *l.* 1. §. 1. ibi *Verius est enim, more majorum jurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire.* Comparat jurisdictionem cum mero imperio. Jurisdictio mandari potest more majorum, quia magistratus eam suo jure habet. *l. more majorum ff. de jurisd.* Contrà imperium mandari non potest, quia à lege datur. Utrumque pronunciatum generale est: illud comprehendit omnem jurisdictionem magistratus: hoc omne merum imperium. Opponitur autem merum imperium jurisdictioni, quia illa competit magistratui jure proprio: hoc eidem competit, quia à lege datur: & ideò illa mandari potest: hoc non potest.

6 Verissimum enim est, neminem imperium habere potuisse nisi à populo, aut à Senatu. *Cic. in 2. Agrar. contra Rullum: Hic autem Tribunus plebis, quia videbat, potestatem neminem injussu populi, aut plebis posse habere.* Et paulò post: *Vidit & perspexit, sine curiata lege decemviros habere potestatem non posse.* Et infrà: *Tum ii decemviri, inquit,* (Rullus) *eodem jure sint, quo qui optimâ lege. Si hoc fieri potest, ut in hac Civitate, quæ longè libertate cæteris antecellit, quisquam nullis comitiis imperium, aut potestatem consequi possit; quid attinet tertio capite legem curiatam ferri jubere, quoniam quarto permittas, ut sine lege curiata idem juris habeant, quod haberent, si optima lege à populo fuissent creati? Reges constituuntur, non decemviri, Quirites, iique ab his initiis fundamentisque nascuntur, ut non modo, cum gerere cœperint, sed etiam, cùm constituentur, omne vestrum jus, potestas, libertasque tollatur.* Et deindè: *Primùm permittitur infinita potestas innumerabilis pecuniæ conficiendæ de vestris vectigalibus non fruendis, sed alienandis: deindè orbis terrarum, gentiumque omnium datur cognitio sine consilio, pœna sine provocatione, animadversio sine auxilio.* En quod, si merum imperium cuiquam permittatur sine lege curiata, aut injussu populi, tollitur omne jus, potestas, libertasque populi Romani. Quid autem sit optima lege creari magistratum, infra explicabo. Fest. *Cum imperio esse dicebatur, cui à populo nominatim mandatum erat imperium.* Liv. lib. 26. *Omnes centuriæ Scipioni in Hispania imperium esse jusserunt.* Neque quisquam hoc referat ad imperium
militare. Erat enim ejusdem modi impe- 7
rium. Ideo autem proficiscentibus ad bellum necesse erat mandari imperium, quia sine imperio, hoc est, sine potestate animadvertendi res militaris administrari non poterat. Cicer. *Philippic.* 5. *Demus igitur imperium Cæsari, sine quo res militares administrari, teneri exercitus, bellum geri non potest.* & *Philipp.* 11. *Aut exercitus adimendus, aut imperium dandum fuit. Quæ est enim ratio, aut qui potest fieri, ut sine imperio teneatur?* Certè si sine jussu populi nemo habere poterat imperium extra urbem Romam in provinciis apud exercitum, multò minus illud habere poterat aut exercere in urbe Roma, & ubi hoc non exigebat rei militaris necessitas.

Sancitum autem fuit hoc lege Valeria lata anno 304. ab urbe condita, L. Valerio, &
M. Horatio Cons. Liv. *lib.* 3. *Aliam deinde* 8
consularem legem de provocatione, unicum præsidium libertatis, Decemvirali potestate eversam, non restituunt modo, sed etiam in posterum muniunt; sanciendo nova lege, ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet: qui creasset, eum jus fasque esset occidi: neve ea cædes capitalis noxæ haberetur. Tres hac de re leges latæ fuerunt, omnes ab eadem familia. Prima exactis regibus, ut à Consulibus ad populum provocatio esset: neve quis magistratus posset civem Romanum provocantem verberare, aut necare. Hujus legis

legis meminit Plutarch. *in Publicola.* Dionys. Halicarnas. *lib.* 5. Liv. *lib.* 2. Valer. Max. *lib.* 4. *cap.* 1. *&* Pomponius *in l.* 2. *§. exactis ff. de orig. jur.* Altera ejectis Decemviris, de qua modo diximus. Tertia lata est anno Urbis 453. M. Valerio Corvo V. Q. Apuleio Pansa Cons. de qua Liv. *lib.* 10. *M. Valerius Cons. de provocatione legem tulit, diligentius sanctam. Tertiò ea tum post reges exactos lata est, semper à familia eadem. Caussam renovandae saepius haud aliam fuisse reor, quàm quod plus paucorum opes, quam libertas plebis poterant*; & deinceps: *Valeria lex, cum eum, qui provocasset, virgis caedi, securique necari vetuisset; si quis adversus ea fecisset, nihil ultra, quam improbe factum, adjecit. Id. (qui tum pudor hominum erat) visum credo vinculum satis validum legis: nunc vix servo ita minetur quisquam.* His legibus Valeriis ademptum omnino merum imperium magistratibus.

De singulis jam videamus. Consules, satis
9 constat, non habuisse merum imperium, quum Valeriis legibus id ipsis fuisset ademptum, de quibus hactenus, & in *l.* 2. *§. exactis ff. de orig. jur.* Dabatur tamen aliquando
10 ipsis vel à lege, vel à Senatusconsulto. Lege curiata, cum ad bellum proficiscebantur, ut norunt omnes vel leviter eruditi. Senatusconsult. cum in trepidis rebus, & difficillimis Reip. temporibus decernebat Senatus, *viderent Coss. ne quid Resp. detrimenti caperet.* Salust. *in bello Catalinar. Itaque, quod in atroci plerumque negotio solet, Senatus decrevit: darent operam Coss. ne quid Resp. detrimenti caperet. Ea potestas per Senatum more Romano maxima permittitur, exercitum parare, bellum gerere, omnibus modis socios, atque cives coërcere: domi, militiaeque imperium, atque judicium summum habere. Aliter sine populi jussu nulli earum rerum Consuli jus est.* Liv. *lib.* 3. Caes. *lib.* 1. *commentar. de bello civil.* Plutarch. *in Cicerone.* Dio *lib.* 37. Veget. *lib.* 3. *cap.* 1. *& passim* Cicero *in Philippicis.*

Veniamus ad Dictatorem, qui erat magistratus extraordinarius: quamobrem, etsi verum esset, eum potuisse mandare merum imperium, atque ipsum habuisse jure Magistratus; tamen non proindè dici posset, merum imperium sui naturâ potuisse mandari: hoc enim solum evenisset extra ordinem.

Sed illud verissimum est, Dictatorem non habuisse merum imperium jure proprio, seu 11
jure sui Magistratus: neque enim semper habebat merum imperium, sed tunc solum, cùm creatus erat sine provocatione, seu optimâ lege. Fest. Pomp. *in verbo optima lex: In Magistro populi faciendo, qui vulgò Dictator appellatur, quam plenissimum posset, jus esse significabatur, ut fuit Manii Valerii, M. Fabii Volusinae gentis, qui primus Magister à populo creatus est. Postquam verò provocatio ab* 12
eo magistratu ad populum data est, quae antea non erat, desitum est dici, ut optimâ lege: utpote imminuto jure priorum magistratuum. Apud Livium, *lib.* 8. *Cum L. Papirius Dictator Q. Fabium Magistrum equitum ob spretum Dictatoris imperium prehendi jussisset, pater Q. Fabii ad populum provocavit. Tribunos, inquit, plebis appello, & provoco ad populum: eumque tibi fugienti exercitus tui, fugienti senatûs judicium, judicem fero, qui certè unus plus, quàm tua dictatura, potest, polletque. Videro, cessurusne provocationi sis, cui Rex Romanus Tullus Hostilius cessit. Ex curia in concionem itur.* Cessit igitur provocationi Dictator: non tamen populus ausus est absolvere Q. Fabium, sed precibus extorsit, & ab ira Dictatoris eripuit.

Sed &, cùm Dictator sine provocatione creabatur, tamen imperium habebat vel à Senatu, vel à populo. Non creabatur à populo 13
Dictator, sed jussu Senatûs ab altero Cons. dicebatur noctu, & auspicato. Praecedebat igitur jussus, ac decretum Senatûs, qui Consuli mandabat, ut aliquem ex consularibus Dictatorem diceret; isque, quem dixisset, ut *optimâ lege Magister populi esset.* Quibus verbis Senatus mandabat imperium ei, qui à Consule Dictator fuisset dictus. Neque enim à Consule autoritatem, potestatemque accipere poterat, cùm major esset Dictatoris, quam Consulis potestas. Itaque verbis illis, *ut optima lege* tribuebatur summa potestas.

Sic M. Tull. *Philipp.* 5. illis verbis tribuit
14 imperium Cæsari : *Demus igitur imperium Cæsari, sine quo res militaris administrari, teneri exercitus, bellum geri non potest. Sit pro Prætore eo jure, quo qui optimo. Et Philipp.* 11. *Senatui placere, C. Cassium Proconſ. provinciam Syriam obtinere, ut qui eam optimo jure provinciam obtinuerit.* Sunt verba Senatusconsulti, quo Cassio datur imperium. Ideò autem à Senatu, non à populo, Dictatori dabatur imperium, quia, cum urgente ultimâ necessitate, aut in salutis desperatione solerent ad supremum Dictatoris auxilium confugere, plerùmque tempus, & occasio præceps non permittebat, ut possent haberi comitia. Qua de causa factum est, ut nec à populo crearetur. Sicut igitur Senatus turbidis Reip. temporibus dabat imperium Consulibus illis verbis : *viderent Consules, &c.* sic aliquando Dictatorem sic jubebat, eique dabat imperium illis verbis : *ut optimâ lege.* Videndus M. Tullius *in* 2. *Agrar. loco paulò*
15 *ante laudato.* Sed à lege curiatâ datum fuisse Dictatori imperium, accepimus à Livio lib. 9. *C. Julium Bubulcum Magistrum equitum dixit* : (Papirius) *atque ei legem curiatam de imperio ferenti triste omen diem diffidit. Postero die repetitis auspiciis pertulit legem.*

16 Eversâ Rep. merum imperium habebat Romæ Præfectus urbi. Sed hoc ei datum fuit epistolâ D. Severi *l.* 1. §. *initio ff. de off. Præf.*
17 *urbi. l. aut damnum.* 8. §. *præfecto ff. de pœn.* Habebat Præfectus Prætorio, sed specialiter ab Imperatore, qui eum gladio cingebat, ut probavimus in superioribus.

Proconsules, Præsides provinciarum, Prætores, quibus provinciæ assignabantur, stante Rep. imperium obtinebant lege curiatâ.
18 Post eversam Remp. ab Imperatore, ut suprà diximus ex Dione, lib. 55. idem habebant
19 legati Cæsaris, qui ad universas provincias regendas à Cæsare mittebantur. Dio *d. lib.* 55. De quibus intelligendus text. in *l. excipiuntur* 14. *ff. de SC. Silanian.* Idem etiam habebant legati Consulares, per quos à Principibus bella administrabantur, quorum persona honoratissima erat, & sacerrima. Dionys. Halic. *lib.* 2. Dio *lib.* 52. Et ad hos referendus text. in *l. milites* 12. *ff. de custod. & exhib. reor.*

Quatuor quoque Præfectos Prætorio, quos
Constantinus primus creavit, eorumque jus 21
valdè imminuit, ut refert Zosimus lib. 2. merum imperium habuisse, non est dubitandum; sicut olim habebat Præfectus Prætorio, cum unicus erat : non tamen eum mandare potuisse merum imperium, usquam legimus :
neque conjicere possumus ex numero 49. pro- 22
vinciarum, quibus præerat : tum quia hæ provinciæ suos Præsides, ac Proconsules habebant, quibus præerat Præfectus, & à quibus ad ipsum provocabatur ; *l. præcipimus* 32. *C. de appell. l.* 3. *&* 4. *C. de off. Præf. Prat. Orient.* tum quia habebat Vicarios, qui non minùs juris habebant, quàm Præsides ; *l.* 2. *C. de offic. ejus, qui vic. alic. jud. obtin.* tum denique, quia poterant custodiarum cognitionem aliis mandare *l. solent ff. de off. Proconſ.*

CAPUT IV.

AD L. 1. ET L. ULT. FF.

De off. ejus, cui mand. est jurisd.

SUMMARIUM.

1 *Jurisdictionis definitio.*
2 *Mixti imperii definitio, & undè dicatur?*
3 *Jurisdictio & mixtum imperium separari non possunt.*
4 *Quæstio proponitur.*
5 *Jurisdictio & mixtum imperium sæpè in jure confunduntur.*
6 *Differt jurisdictio à mixto imperio, sed tamen ab eo sejungi non potest.*
7 *Probatur hæc sententia.*
8 *Proponuntur argumenta contraria.*
9 *Magistratus municipalis auctoritas quanta?*
10 *Explicatur, quàm latè pateat mixtum imperium, & quæ coërcitiones ad ipsum pertineant?*
11 *Ratio, cur majores, non minores magistratus imperium habere, & cum imperio esse dicerentur.*
12 *Qui magistratus imperium habere dicerentur?*
13 *Tribuni plebis sine imperio esse dicebantur : & qua de causâ? n.* 17.
14 *Discrimen inter majores, & minores magistratus, & inter majora, & minora auspicia.*
15 *Ratione majoris imperii non dicebatur major magistratus.*
Consul habebat majus imperium, quàm Prætor.

16 *Magistratus, qui non habebant jus vocationis & prehensionis, cum imperio esse non dicebantur.*
17 *Quomodo nomen imperii sit accipiendum?*
Tribuni plebis habebant mixtum imperium.
18 *Ædiles, minores magistratus, & in jus vocari poterant.*
19 *Ædiles pignora capere, & mulctam dicere poterant.*
20 *Ædilium potestas.*
21 *Questores habebant mixtum imperium: maximum eorum officium.*
22 *Præfectus vigilum, & Præfectus annonæ habebant mixtum imperium.*
23 *Non in omnibus municipiis & coloniis iidem magistratus.*
24 *Magistratus municipales qui?*
25 *Magistratus municipales mixtum imperium habebant.*
26 *Potestatis nomen indicat imperium.*
27 *Potestas, magistratus cum imperio.*
28 *Ædiles municipales in carcerem conjicere & atrociter poterant verberare. & n. 30.*
29 *Flagella, atrox coërcitio.*
31 *Poterant pigneribus captis coërcere.*
32 *Magistratus municipales videntur habuisse mulctæ dictionem, & quomodo?*
33 *Magistratus urbani mulctæ dictionem habebant more majorum.*
34 *Eam habebant ab initio Reip.*
35 *Decuriones, susceptores, curatores calendarii, curatores annonæ non erant magistratus.*
36 *Nomine magistratus sæpe numero indicantur magistratus municipales.*
37 *Magistratus urbani more jurisdictionem habebant: provinciales lege & constitutionibus.*
38 *Ædiles municipales mensuras frangere poterant.*
39 *Defensores civitatum, & juridicus Alexandriæ.*
40 *Habebant medicam coërcitionem.*
41 *Imperii nomen non semper significat mixtũ imperium. Quæ dicantur esse magis imperii, quàm jurisdictionis.*
42 *Quantum differat mulcta à pœnali judicio, & quid utrumque sit?*

1 JUrisdictio *est jus cognoscendi, statuendique
in causis civilibus, quod jure magistratus
competit*: vel *est notio, quæ competit jure ma-*
2 *gistratus.* Mixtum autem imperium *est potes-
tas modicè coërcendi, cohærens jurisdictioni, ad
eam tuendam, atque explicandam comparata.*
Cohæret jurisdictioni mixtum imperium. *l.
1. in fin. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.*
Inest jurisdictioni mixtum imperium. *l. 3. ff.
de jurisd.* Et ideò *mixtum* appellatur, quia
cohæret, & miscetur jurisdictioni. Ita autem
hæc duo inter se apta, & connexa sunt, ut
3 separari non possint. Frustra enim magistra-
tus causam cognosceret, statueret, decerne-
ret, juberet, si non posset exequi sententiam,
& coërcere reluctantes, ac jurisdictioni suæ
parere detrectantes. Itaque verissimè Paulus
in *l. ult. §. ult. ff. de offic. ejus* ait, sine mo-
dicâ coërcitione nullam esse jurisdictionem.
Etenim sine modicâ coërcitione expediri,
atque explicari non potest jurisdictio. Quo- 4
circa inter doctissimos homines est magna
dissensio, an sit ulla jurisdictio simplex, om-
ninò sejuncta, ac separata à mixto imperio.

Enimvero distinguitur à jurisdictione mix-
tum imperium. Et, licèt in jure nostro prop- 5
ter inseparabilem conjunctionem, & quasi
quandam individuam societatem, & nomi-
num communicationem, alterum pro altero
accipiatur, ut in *l. etsi prætor 3. ff. de off. ejus
l. 4. ff. de jurisd.* junctâ *l. 1. ff. de damn. in-
fect.* & *l. cùm prætor §. hi qui ff. de judic.*
junctâ *l. 3. in fin. ff. de jurisd.* & in *eâd. l. 3.*
juncto *§. sed eas Inst. tit. de bonor. possess.* & *l.
ea, quæ ff. ad municip.* junctâ *l. ult. C. ubi &
apud quem restit.* tamen omninò diversa est à 6
mixto imperio jurisdictio. Et quamvis Ma-
gistratus habeat utrumque, tamen aliquando
exercet jurisdictionem, aliquando mixtum
imperium: & quædam facit vi jurisdictionis
suæ, in quibus non exercet imperium; veluti
cùm causam cognoscit, decernit, sententiam
dicit: quædam facit vi imperii, ad quæ fa-
cienda non sufficit jurisdictio: ut cum coër-
cet contumaces. Quamobrem si omnes spontè
parerent jurisdictioni magistratuum, non es-
set opus imperio. Sed cùm sæpe numero soleat
evenire, ut multi parere detrectent, idcireò
ne ludibrio sit & contemtui dignitas magis-
tratuum, legum auctoritas, & ipsa jurisdic-
tio, necesse fuit ipsi adjungere mixtum im-
perium, seu modicam coërcitionem, quâ
quilibet magistratus tueri posset jurisdictio-
nem suam. Quare non potest mixtum impe-
rium à jurisdictione sejungi.

Ac miror, plerosque hac de re dubitare.
Cui data est jurisdictio, concessa videntur
ea omnia, sine quibus jurisdictio explicari
non potest. *l. 2. ff. de jurisd.* Atqui sine mo-
dicâ coërcitione non potest explicari juris- 7
dictio. *l. ult. §. ult. ff. de offic. ejus.* Prætereà
is, cui mandata est jurisdictio, habet mix-

tum imperium : *l. 1. in fin. & l. ult. in fin. ff. eod.* ergo ipsum multò magis habet magistratus. Nam plus juris habet magistratus, quàm is, cui mandata est jurisdictio : hic enim jurisdictionem habet alieno beneficio, & alieno nomine eam exercet, & usum potiùs, & exercitium jurisdictionis habet, quàm ipsam jurisdictionem : ille verò eam habet jure proprio, & quodammodo, ut ita dicam, habet ipsum dominium jurisdictionis. *l. 3. l. solet. 16. ff. de jurisd.* Quod & sic etiam concludi potest : Is, cui mandata est jurisdictio, vel habet mixtum imperium à se ipso, vel à mandante. Non à se ipso, quia nihil proprium habet : *l. 1. §. 1. l. etsi prætor 3. ff. de offic. ejus. l. solet. 16. ff. de jurisd.* ergo à mandante. Non potest autem habere à mandante, nisi ipse mandans illud habuerit. *l. nemo plus juris. ff. de reg. jur.* Item, ideò transfertur mixtum imperium mandatâ jurisdictione, quia sine eo inutilis esset, ac nulla jurisdictio. *d. l. ult.* ergò multò magis eâdem ratione mixtum imperium habere debet magistratus. Animadvertendum enim est, quòd in *d. l. ult.* agitur de jurisdictione, mandatâ privato, cui multò minùs necessaria est coërcitio, quàm magistratui ; qui personam Reip. sustiner, & tueri debet dignitatem suam. Prærerquam quòd mandatam jurisdictionem tueri posset ipse mandans, cujus nomine exercetur : jurisdictionem magistratus tueri potest tantummodò ipse magistratus, cùm eam non alieno beneficio habeat, sed jure proprio eamque suo nomine exerceat. Denique id adeò perspicuè traditum est in *l. ult. §. ult. in fin. ff. de offic. ejus* ; & in *c. pastoralis vis de offic. & potest. judic. deleg.* ut id in controversiam vocare nequeamus, nisi velimus tenebras offundere perspicuæ veritati.

Duo sunt, quæ interpretibus nostris imposuerunt : Primum, quòd in *l. 2. ff. de in*
8 *jus vocand.* majores Magistratus, Consul, & Prætor imperium habere dicuntur. Contrà verò minores Magistratus sine imperio esse, ait Ulpianus in *l. nec Magistratibus 32. ff. de injur.* Ac propterea existimarunt, majores magistratus à minoribus differre, quod illi soli haberent mixtum imperium.

Alterum, quòd in *l. ea quæ ff. ad municipal.* traditum est, à magistratibus municipalibus fieri non posse ea quæ magis imperii sunt,
quàm jurisdictionis. Non habebanr igitur 9
mixtum imperium. Itaque nec pœnali judicio jurisdictionem suam defendere poterant *l. 1. in princ. ff. Si quis jus dicenti non obtemper.* Non possunt mulctam dicere. *l. aliud frauf. 131. ff. de V. S.* Non possunt in carcerem duci jubere. *l. nec magistratibus 32. in fin. ff. de injur.* junctâ *l. 2. ff. de in jus voc.*

Ut ex his laqueis nos exuamus, atque explicemus, animadvertere oportet, mixti imperii plures esse partes, nec omnibus ma-
gistratibus omnes partes tribui. Modica coër- 10
citio, quæ ad mixtum imperium pertinet, aliquando latiùs pater, aliquando contrahitur angustiùs. Cùm latissimè patet, hæc ferè comprehendit : pignora capere, mulctam dicere, corpus retinere, & vinculis coërcere, & modicè verberare. M. Tullius 3. de legib. *Magistratus nec obedientem & noxium civem mulctâ, vinculis, verberibusque coërcento.* Labeo in *l. sacrilegi 9. in fin.* alias *l. cum eo 10. ff. ad leg. Jul. pecul. Is qui hoc imperio utitur, exigeret id est, pignus capiendo, corpus retinendo. l. 2. ff. de in jus voc. l. aliud frauf. 131. in fin. ff. de V. S.* Non omnes autem magistratus habebant plenissimam hanc coërcendi potestatem : sed soli magistratus majores, qui, ut plenam, & excellentem habebant jurisdictionem ; ita plenum,
& excellens habebant imperium. Minores 11
Magistratus habebant & ipsi mixtum imperium, & aliquam coërcitionem ad tuendam jurisdictionem suam : sed, sicut non habebant plenam, & excellentem jurisdictionem, ita non habebant plenum, & excellens imperium. Idcircò hi sine imperio esse dicebantur : quia cum illis comparati propemodum non videbantur imperium habere. Illi contrà imperium habere dicebantur, cum imperio esse, imperio uti, pro imperio suo aliquid agere. *d. l. 2. ff. de in jus voc. l. 3. ff. de off. ejus l. 2. §. imperio ff. de adoption. l. cum Prætor. §. 1. ff. de judic. l. juris gentium 7. §. si pacisca r ff. de pact. l. quod jussit 14. ff. de re judic.*

Sed hæc ex annalibus, & ultimâ antiquitate sunt eruenda, & argumentis nihil dubii relinquentibus confirmanda. Varro omnium, quotquot umquam fuerunt, antiquitatis longè peritissimus, apud Gell. *lib.* 13. *cap.* 12. tollit omnem controversiam his verbis: *In Magistratu habent alii vocationem, alii prehensionem, alii neutrum. Vocationem, ut Coss. & cæteri, qui habent imperium. Prehensionem, ut Tribuni plebis, & alii qui habent viatorem. Neque vocationem, neque prehensionem, ut Quæstores, & cæteri, qui neque lictorem habent, neque viatorem. Qui vocationem habent, iidem & prehendere, & tenere, &*
12 *abducere possunt.* Constat igitur, quòd illi soli magistratus imperium habere dicebantur, qui habebant vocationem; hoc est, qui & vocare, & prehendere, & tenere, & abducere poterant. Hæc enim erat maxima exercitio omnium, quæ ad mixtum imperium pertinebant. Hinc, in *l.* 2. *de in jus vocand.* rectè dixit Ulpianus: *& cæteros magistratus, qui imperium habent, qui & coercere aliquem possunt, & jubere in carcerem duci.* Imperium igitur habere dicuntur illi, qui possunt non solùm coërcere, sed
13 etiam in carcerem duci jubere. Neque hoc satis erat Romanæ Reip. tempore. Nam Tribuni plebis, licèt prehendere, & in carcerem conjicere possent, tamen sine imperio esse dicebantur, quia vocationem non habebant. Quare Antistius Labeo, à Tribuno pleb. per viatorem vocatus, non paruit: responditque, Tribunos non habere jus, neque se neque alium quemquam in causa vocandi, cum moribus majorum Tribuni plebis prehensionem haberent, vocationem non haberent. Posse igitur eos venire, & prehendi se jubere, sed vocandi absentem jus non habere. Ulpianus tamen in laudatâ *leg.* 2. vocationis mentionem non facit, sed solùm prehensionis, quia fortasse eo tempore sublatum erat discrimen inter vocationem, & prehensionem, cum tribunitiam potestatem usurpassent Imperatores. Certè Tacitus *lib.* 13. *Annal.* inter signa manentis adhuc imaginis Reip. refert à Senatu prohibitos Tribunos jus Prætorum, & Consulum præripere, aut vocare ex Italia, cum quibus lege agi posset.

Neque olim majores Magistratus à minoribus differebant ratione imperii, sed ratione auspiciorum. Gell. *lib.* 13. *cap.* 15. ex Messalla augure: *Patriciorum auspicia in duas sunt potestates divisa. Maxima sunt Consulum, Prætorum, Censorum,* &c. *Reliquorum Magistratuum minora sunt auspicia. Ideò illi* 14
minores, hi majores magistratus appellantur. Majora autem ac minora auspicia dicebantur à majori, & minori templo. Templum dicebatur, teste Varrone, locus, in terris augurii, vel auspicii causa, quibusdam conceptis verbis finitus. Constat igitur inter majores, & minores magistratus hoc fuisse discrimen, quòd illi majoribus, hi minoribus auspiciis creabantur.

Enimverò non nego, majores Magistra- 15
tus majus imperium habuisse: sed hoc eos in diversa classe non constituebat. Nam Prætor erat major magistratus, sicut Consul, & tamen minus imperium habebat. Gell. loco laudato: *Quia imperium minus Prætor, majus habet Consul.* Justinianus noster in *novell. de Prætor. Pisidiæ* ait, Prætores paulò minores esse Consulibus. Itaque Consules habebant duodecim lictores: Prætores verò tantummodo sex.

Ad rem redeamus. In jus vocari non poterant majores Magistratus, quia ipsi prehensionem habebant: & qui prehensionem habebat, in jus vocari non poterat. Mino- 16
res autem Magistratus in jus vocari poterant, quia jus vocationis, & prehensionis non habebant. Iterum Gell. *lib.* 13. *cap.* 13. ex libris M. Varronis: *Qui potestatem neque vocationis populi viritim habeant, neque prehensionis, eos Magistratus à privato in jus quoque vocari est potestas.* M. Lævinus, *Ædilis curulis, à privato ad Prætorem in jus est eductus.* Ex quibus apparet, tam in *lib.* 2. *ff. de in jus voc.* quàm in *l. nec magistratibus* 31. *ff. de injur.* nomen imperii referendum esse ad hoc jus vocationis, & prehensionis, non verò ad mixtum imperium, & modicam coërcitionem.

Atque ut hoc uberiùs, & luculentiùs ostendamus, probandum est, minores Magistratus habuisse mixtum imperium, & modicam aliquam coërcitionem, licèt sine imperio esse dicerentur. Ordiamur à Tribunis plebis. Tribunos plebis sine imperio fuisse, tradit Appius Cos. apud Livium :
17& inter Magistratus, qui imperium non habent, recensentur à Gell. *d. lib.* 13. *cap.* 12. & fuisse minores Magistratus, nemo dubitat, adeò ut quidam dubitaverint, an magistratus essent. Sed Cicero, harum rerum peritissimus, Magistratus appellat. Et tamen hos habuisse mixtum imperium, & potuisse coërcere contumaces, certissimum est. Nam & mulctam dicebant. Liv. *lib.* 2. *mulctâ temperarunt Tribuni, cùm capitis acquisissent : duo millia æris damnato mulctam edixerunt.* Et *lib.* 35. refert à Rutilio Tribuno pleb. C. Claudium Pulcrum, & Tiberium Sempronium Gracchum Censores mulctatos fuisse. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Addidit L. Piso, designatus Cos. ne quid intra domum pro potestate animadverterent : neve mulctam ab iis dictam Quæstores ærarii in publicas tabulas ante quatuor menses referrent : medio temporis contradicere liceret, deque eo Consules statuerent.* Et in carcerem duci jubebant, adeò ut nonnullos ex Consulibus in carcerem conjecerint, ut testatur Appian. *lib.* 4. *bell. civil.* Et sanè C. Curiatius, Tribunus pleb. Publ. Scipionem Cos. in vincula conjecit, teste M. Tullio *lib.* 3. *de legib.* Metellus Cos. à L. Flacco, Trib. plebis, in vincula conjectus, teste Dione *lib.* 37. Præstereà P. Sempronius Appium Claudium Censorem, Trebonius Catonem duci jussit. Igitur sine imperio esse dicebantur, non quia nullum haberent imperium; sed quia deerat ipsis aliquid ad summum imperium, nempè jus vocationis.

Veniamus ad Ædiles. Erant hi minores magistratus, & quidem paulò amplius, quam privati, ut de se ipso fatetur Cicero *action.* 2. *in Verr.* Ædiles potuisse in jus vocari, autoritate Varronis, & exemplo M.
18Lævini, Ædilis curulis, confirmat Gellius loco laudato. Itaque Ædiles recensendi sunt in numero eorum, qui sine imperio, & potestate esse dicuntur in *l. nec magistratibus* 32. *ff. de injur.* Et tamen Ædiles habebant mixtum imperium, & modicam coërcitionem.

Primùm enim poterant pignora capere, & mulctam dicere. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Cohibita arctiùs Ædilium potestas, statutumque, quantum curules, quantum plebeii pignoris caperent.* De mulcta Papinianus in *l.* 1. §. 1. *ff. de via public. & si quid in ea : Si autem non emundaverint, neque construxerint, mulctent eos.* Quò pertinet illud Taciti *l.* 3. *Annal. Fraude mancipum, & incuriâ magistratuum plurima per Italiam itinera interrupta.* Imò non solùm Ædiles, 19
sed etiam Curatores viarum mulctare poterant, iisque in dena millia mulcta permittebatur Senatusconsulto, quod extat apud Frontinum *lib.* 2. *de aquaduct.* Liv. *lib.* 10. *refert*, Cn. & Q. Ogulnios, Ædiles curules, mulctatis bonis fœneratorum, ænea in Capitolio limina, & trium mensarum argentea vasa posuisse in cella Jovis. Et *ab Ædilibus plebeiis*, L. Pæto, *& C. Fulvio Curvo ex mulctaticia pecunia, quam exegerunt pecuariis damnatis, ludi facti, & aurea ad Cæsaris posita.* Et rursus : *Damnati ab Ædilibus, quia plus, quàm quod lege finitum erat, agri possiderent.* Id. *lib.* 48. refert, frumentarios pecuniâ ab Ædilibus damnatos ob annonam compressam. Gell. *lib.* 10. *cap.* 6. *Appii Cæci filia, quòd locuta esset petulantiùs, Ædiles plebis mulctam dixerunt æris gravis* xxv. *millia.*

Sed & aliis modis coërcebant noxios cives. Nam & iniquas mensuras frangebant. *l. item quæritur* 13. §. *si quis mensuras ff. locat.* Et concidere poterant, si quid in via 20
publica positum esset impedimento. *l. lectos* 12. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Et merces improbas jactabant. Eleganter Plaut. in *Rudente :*

Ita solet Neptunus : quamvis fastidiosus Ædilis est.

Si quæ improbæ sunt merces, jactat omnes.

Sed & graviùs aliquando coërcebant. Liv.

lib. 55. *Ædiles plebis aliquot matronas accu-
sarunt, quasdam ex eis damnatas in exi-
lium egerunt.* Probabile tamen est, hoc non
propriâ autoritate effecisse.

Supersunt Quæstores, qui erant infimus
Romæ Magistratus, & primus ad honores
ascensus. *l.* 1. *ff. de offic. Quæstor.* Hos etiam
modicam coërcitionem habuisse, non est
21 ambigendum. Neque enim potuissent exi-
gere vectigalia, & publicam pecuniam, si
non habuissent jus coërcendi contumaces,
argumento text. in *l. sacrilegi* 9. *in fin. ff.
ad leg. Jul. peculat. in l. vectigalia* 10. *in fin.
ff. de publican.* Tacit. *lib.* 13. *Annal. Helvi-
dius Priscus, Tribunus pleb. adversùs Obul-
tronium Sabinum, ærarii Quæstorem, con-
tentiones proprias exercuit, tamquam jus
hasta adversùs inopes inclementer ageret.* Ca-
piebant igitur Quæstores pignora à pauperi-
bus, qui non solvebant, & sub hasta ven-
debant. De Balbo Quæstore multa infanda
narrat Ciceroni Asinius Pollio inter ejus E-
pistolas 32. *lib.* 10. Sed hic non erat Quæs-
tor urbanus, & potestate magistratus abu-
tebatur. Planè cùm Augustus ærarii milita-
ris curam tribuit Prætoriis, (quos Tacitus
Prætores ærarii vocat, Quæstoribus subro-
gatos) duos eis lictores dedit, & alios mi-
nistros. Testatur tamen Dio *lib.* 55. suâ æta-
te ab Imperatore legi soliros, nec lictores
habere. In locum Quæstorum successerunt
Præfecti ærario: Gell. *lib.* 13. *cap.* 23. *in
fin.* Tacit. *lib.* 13. *Annal.* quorum officium
maximum erat Plin. *Panegyr. ad Trajan.
Nondum biennium complevimus in officio la-
boriosissimo, & maximo, cùm tu nobis con-
sulatum obtulisti.* & *epist.* 10. *lib.* 1. *Distrin-
gor officio, ut maximo, sic molestissimo: sedeo
pro tribunali, subnoto libellos* &c. *agere nego-
tium publicum, cognoscere, judicare, pro-
mere, & exercere justitiam.* Tacit. *lib.* 13.
*Annal. Tunc Claudius Quæstores rursus impo
suit, iisque, ne metu offensionum segnius
consulerent, extra ordinem honores permisit.
Sed deerat robur ætatis eum primum magistra
tum capessentibus. Igitur Nero Prætura per-
functos, & experientiâ probatos delegit* Vi. es
hoc maximum officium fuisse, & omni ra-
tione quæsitam huic magistratui autorita-
tem. Quapropter ineptè quis dubitaverit
hunc magistratum habuisse mixtum impe-
rium, præsertim quia gravissimas contro-
versias, causasque judicabat. *l. edicto l. Se-
natus. l. Arrianus ff. de jure fisci l. cùm qui-
dam ff. de his, quæ ut indign. l.* 4. *§. si bona
ff. de fideic. libert. l. cùm hi* 8. *§. transactio-
nes ff. de transaction.*

De Magistratibus quoque extraordinariis
dubitandum non est: ut de Præfecto vigi- 22
lum constat ex *l.* 3. *ff. de off. Præf. vigil.* ex
l. cùm servus 15. *ff. de condict. caus. dat.*
De Præfecto annonæ ex *l. mulierem* 15. *ff.
de accusat.* & ex iis, quæ suprà diximus de
Ædilibus.

Hactenùs de Magistratibus urbanis. Su-
persunt Magistratus municipales, qui se-
cundo loco opponuntur, quasi mixtum im-
perium non haberent. Ego tamen contra- 23
rium verius puto, quod ut evidenter de-
monstrem, præmittendum est, non in om-
nibus municipiis, & coloniis eosdem fuisse
magistratus, sed alibi alios.

Ubique ferè locorum magistratum gere-
bant Duumviri, qui ad similitudinem
Consulum constituebantur. Quamobrem ho-
rum sæpissimè mentio fit in jure nostro, ut
in *l. fin. C. de judic. in l.* 1. *ff. de alb. scrib.
l. honores* 7. *§. is qui ff. de decret. ab ord.
fac. l.* 1. *§. ult. ff. de mag. conv. l.* 3. *§ ult.
ff. de pecul. l. item eorum §.* 1. *ff. quòd cujus- 24
que universitatis l.* 1. *ff. si quis jus dic. non
obtemp. l. injuriarum §. idem Labeo ff. de injur.
l. ult. ff. ad municip. l. in honorariis §. ult. ff.
de action. & oblig. & passim.* Alicubi tamen
erant Quatuorviri, ad quos Alexander Impe-
rator mittit rescriptum in *l. unic. C. de solut.
& liberat. debitor. civit. lib.* 11. Cicer. *Epist.*
32. *lib.* 10. *Quatuorviratum sibi prorogavit.*

Plures alios magistratus nominat Spartian.
in Hadriano: *In Etruria Præturam Imperator
egit. Per Latina oppida Dictator, & Ædilis,
& Duumvir fuit. Apud Neapolim Demarchus:
in patria sua Quinquennalis: & item Adriæ
Quinquennalis, quasi in alia patria: &
Athenis Archon fuit.*

Alexandriæ loco Duumvirorum erat Juri-

dicus, de quo in *tit. C. de offic. Jurid. Alexan.* & alibi passim.

In plerisque tamen municipiis magistratum gerebant aut Duumviri, aut Ædiles. Cic. *lib.* 13. *epist.* 11. *Constituendi municipii causâ hoc anno Ædilem filium meum fieri volui,* &c. *Is enim magistratus in nostro municipio, nec alius ullus creari solet.* Et Ædilium sæpè mentio apud veteres. Tusculi tamen Consul creabatur. Sidicini, & Ferenti Quæstor.

Sed hi Magistratus non tam potestate, quàm nomine inter se discrepabant. Etsi enim non omnium una eademque esset potestas, & autoritas; tamen cùm omnes suæ civitati præessent, & ad eos summa rerum rediret; sine imperio, & coërcendi potestate
25 esse non poterant. Itaque imperii habebant insignia. Apul. *lib.* 1. *Milesiar. Nam & lixas, & virgas, & habitum prorsùs Magistratui convenientem in te video. Annonam curamus, ait, & Ædiles gerimus.* Cic. *in orat. in Rullum: Nam primum, cum cæteris in coloniis Duumviri appellentur; hi se Pratores appellari volebant. Deinde anteibant lictores non cum bacillis, sed ut hic Prætoribus anteunt, cum fascibus duobus.* Irridet Campanam superbiam. Hoc tamen posteà Duumviris concessum. Petronius de Sexviro Augustali: *Et quod præcipuè miratus sum, in postibus triclinii fasces erant cum securibus fixi.* Theodosius in *l. duumvirum C. de decur. Duumvirum impunè non liceat extollere potestatem fascium extra metas territorii propria civitatis.* Quorsum lixæ ac lictores, si non habet vocationem aut prehensionem? Certè Magistratus, qui neque vocationem, neque prehensionem habebant, nec lictorem, nec viatorem habebant. Quorsum fasces, si non potest castigare, & verberare? Quorsum prohibetur extollere extra metas territorii, si non sunt insigne imperii? Et animadvertendum est, Imperatorem non nominare fasces;
26 sed potestatem fascium. Potestatis nomen indicat imperium. *l.* 1. *ff. si quis jus dic. non obtemper. l.* 2. *&* 3. *ff. ne vis fiat ei l.* 3. *ff. de jurisd. l. nemo potest ff. de reg. jur.* Rectè igitur Juvenalis hos Magistratus appellavit *Potestates.*

An Fidenarum, Gabiorumque esse Potestas. 27
Potestates autem sunt magistratus, qui habent Imperium. *l. fidejussor.* 26. *in princ. ff. de pignor. l. quid sit fugitivus §. pen. ff. de ædil. edict.* Cic. 3. *de legib. Si par, majorve potestas, populusve prohibescit.* Ascon. Pedian. *in* 4. *in Verr. Romæ appellari Tribuni possunt contra omnem potestatem.* Sueton. *in Cæsar. Quod compellari apud se majorem potestatem passus esset.* Et in *Claudio: Jurisdictionem de fideicommissis in perpetuum, atque etiam per provincias Potestatibus delegavit.* Et sanè ita se res habebat: nam hi magistratus habebant potestatem in vinçula conjiciendi, & verberandi. Vellej. Paterc. *lib.* 2. XIX. *Marius injecto in collum loro, in carcerem Minturnensium jussu Duumviri perductus est. In Act.* 28
Apostol. cap. 16. traditum est D. Paulum, & Silam à Magistratibus Philippensium in vincula conjectos, & virgis cæsos fuisse. Callistratus in *l. eos* 12. *ff. de Decurion. Sed ne quidem arceantur honoribus, qui ab Ædilibus flagellis cæsi sunt: quanquam jure suo ita Ædiles officio isto fungantur: inhonestum tamen puto esse, hujusmodi pœnas flagellorum ictibus subjectas in ordinem recipi.* Erat enim atrox coërcitio flagellorum verberatio. *l. Sed* 29
sicut in fin. ff. de usufr. l. Prætor edixit §. præterea ff. de injur. l. sed si hac lege §. pen. ff. de in jus vocand. Si igitur Ædiles habebant potestatem atrociter verberandi, multò magis poterant modicè coërcere: hoc enim jus atrociter verberandi nec legatus quidem Proconsulis habebat. *l. Si quid erit ff. de offic. Proconf.*

Illud notius est, Magistratus municipales habuisse potestatem coërcendi servos, eosque in vincula conjiciendi, *l. Si quis uxori §. qui fugitivum ff. de furt.* & castigandi. *l. Magistratibus* 12. *ff. de jurisd. l. item apud* 30
Labeonem §. unde 39. *ff. de injur.*

Poterant & pignora capere. *l. quemadmodum* 29. *§. Magistratus ff. ad leg. Aquil.* Et 31
captis pignoribus tutores coërcebant, & ad satisdandum compellebant. *l.* 3. *§.* 1. *ff. de reb. eor. § quibus Instit. tit. de satisd. tutor.*

De mulcta major esse potest controversia. Sed non absurdè tentari potest, etiam mulctam

tam dicere potuisse; ex *l. aliud fraus* 151.
in fin. ff. de V. S. Ibi: *Mulctam dicere potest*
32 *is, cui judicatio data est. Magistratus solos,*
& præsides provinciarum posse mulctam dicere
mandatis permissum est. Tria hîc genera personarum continentur. Primùm illi, quibus judicatio data est. Hi sunt Magistratus urbani, *l. 2. §. ult. ff. de judic.* qui eam non habebant specialiter permissu Principis, sed Consules eam habuerunt ab initio: alii verò Magistratus à lege, lata à Coss. A. Aterino & Sp. Tarpeio, ut refert Dionys. Halicarn. *lib.* 10. Secundo loco nominantur Magistratus: tertio Præsides. Qui sunt isti Magistratus? nempè Magistratus municipales, quibus mandatis Principum specialiter mulctæ dictio permissa fuit. Quidam interpretantur id de Magistratibus urbanis. Huic interpretationi multa repugnant. Primum, quòd Magistratus urbani continentur in verbis antecedentibus, ut diximus. Præterea, quia opponuntur inter se illi, qui habent mulctæ dictionem eâ de causa, quia illis judicatio publicè data est, illis, quibus id specialiter permissum est. *l. 2. in fin. ff. de judic.* Ergo in hac lege nomine Magistratuum non possunt intelligi Magistratus urbani: nam illi ideò mulctam dicere possunt, quia ipsis publicè judicium est, seu judicatio data est:
33 hi verò ideò, quia mandatis Principum id permissum est. Denique Magistratus urbani non habebant mulctæ dictionem, ex mandatis Principum, sed more majorum, teste
34 *Gell. lib. 1. cap.* 1. Eam enim habebant etiam ante Imperatores: mulctæ enim mentio fit etiam in legibus Valerii Publicolæ, primi Consulis. Vide Plutarch. in ejus vita: & tantùm abest, ut ipsis data fuerit ab Imperatoribus, quin potiùs ab ipsis cohibita fuit, & certus modus constitutus, quem prætergredi non poterant: ut de Ædilibus tam curulibus, quam plebis suprà probavimus autoritate Cornelii Taciti.

Contrà, quod nomen magistratûs in lege nostrâ referendum sit ad Magistratus municipales, hæc suadere videntur. Primum, quod ait, *Magistratus solos.* Frustrà apposita esset adjectio illa *solos*, si referretur ad urbanos: cùm enim dixerit, eos habere mulctæ dictionem, quibus judicatio data est, utique
hi sunt soli magistratus. Cùm igitur post ur- 35
banos progredi vellet ad provinciales, statuit solos Magistratus, & Præsides posse mulctam dicere, ut excluderet Decuriones, Susceptores, Curatores calendarii, Curatores annonæ, Syndicos, & alia officia municipalia, quæ non erant magistratûs, & ideò mulctam dicere non poterant. Prætereà magistratûs nomine sæpenumero Magistratus municipales intelliguntur in jure nostro. Extat in 36
Pandectis titulus de Magistratibus conveniendis. Sunt autem hi Magistratus municipales: nam Prætor, & Præfectus eâ de causa conveniri non poterant. *l. 1. § neque prætor ff. de Magist. conven.* Præsertim quoties agitur de rescripto, ac mandato Principis, quia Magistratibus provincialibus rescribere solebant; *l. ult. ff. de tutor. & curat. dat.* aut quoties nomen Magistratûs conjungitur cum nomine Præsidis, ne conjungantur duo di-
versi generis. *l. 1. §. Si Præses ff. de Magistr.* 37
conven. l. tutores ff. de confirm. tutor. Denique jurisdictionem, ac potestatem, quam Magistratus urbani more obtinebant, Magistratus provinciales habebant à lege & constitutionibus. *l. cum Prætor. §. 1. ff. de judic. l. sed etsi §. ait Prætor. ff. ex quibus caus. maj.* juncta *l. pars litterarum* 48. *ff. de judic.* Itaque cùm hîc agatur de potestate, competente ex mandatis Principum, dubiò procul ea referenda est potiùs ad Magistratus, qui erant in provinciis, quàm ad eos, qui Romæ erant.

Sed utcumque sit, etiamsi Magistratibus municipalibus non fuisset permissum mulctam dicere, tamen aliis modis coërcere poterant,
ut demonstravimus. Quibus addimus, quòd 38
sicut Ædiles urbani poterant frangere mensuras iniquas, ita id permissum Ædilibus municipiorum. Pers. Satyr. 3.

Fregerit heminas Arreti Ædilis iniquas.

Juven. Satyr. 10.

——— *Vasa minora.*

Frangere pannosus vacuis Ædilis Ulubris.

Sed & Defensores civitatum, qui erant minores Magistratus, quàm Duumviri, tamen

poterant coërcere. *l. neminem* 11. *C. de episcop.*
39 *audient. Authent. de defensor. civit.* §. *audient. Audient verò leviora crimina, & castigationi competenti tradent.* En coërcitio modica.

De Juridico Alexandriæ dubitari non potest, cùm majorem potestatem haberet, quàm Duumviri, quia hi ab ordine Decurionum, ille à Cæsare eligebatur, & ideò maximam in judiciis potestatem habebat,
40 ut ait Strabo *lib.* 17. *Geograph.* Ubi etiam notat omnes causas eum judicasse, quod non licebat Duumviris.

Constat igitur, etiam Magistratus municipales habuisse mixtum imperium. Quamobrem nullius momenti sunt, quæ contrà opponuntur. In *l. ea quæ ff. ad municipal.* rectè ait JC. *ea, quæ magis imperii sunt, quàm jurisdictionis, fieri non posse à Magistratibus municipalibus.* Etenim ea dicuntur esse magis imperii, quàm jurisdictionis, quæ peraguntur apud Magistratus, qui cum imperio sunt: hoc est apud majores Magistratus, penès quos legis actio est, & impe-
41 rium. Imperii nomen non semper significat mixtum Imperium: veteres enim cùm Imperium mixtum significare volunt, solent id proferre cum adjuncto. Quemadmodum igitur suprà probavimus, imperii nomen significat majorem potestatem, summum jus, excellentem jurisdictionem, quam habent majores Magistratus, ut in *l. etsi* 3. *ff. de offic. ejus l. cum Prætor* §. 1. *ff. de judic. l.* 3. *in fin. ff. de recept. arbitr. l.* 3. *ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* & aliis suprà laudatis. In *l. ea quæ ff. ad municip.* imperii nomen non potest significare modicam coërcitionem, quia restitutio in integrum, prætoria stipulatio, & hujus generis reliqua, quæ magis imperii sunt, quàm jurisdictionis, *d. l. ea quæ* §. 1. *& l. jubere* 4. *ff. de jurisdict.* non pertinent ad coërcitionem contumacis. Pertinent tamen ad excellentem jurisdictionem, & eminentem potestatem, quam habent magistratus, qui cum imperio sunt: & ideò dicuntur esse magis imperii, quam jurisdictionis. Spectant enim ad eum magistratum, qui habet imperium, non ad eum, qui habet jurisdictionem, & sine imperio est. Qui autem magistratus cum imperio, & qui sine imperio esse dicantur, suprà expositum est satis luculentè.

In *l. 1. ff. Si quis jus dic. non obtemper.* non agitur de mulctâ, sed de pœnali judicio. Aliud est mulcta: aliud pœnale judicium, 42
ut adnotarunt omnes eruditi. Mulctam dicit Magistratus contra contumacem, non obtemperantem suæ jurisdictioni, & exigitur à Magistratu ipso, & fisco vindicatur. *l. ult. C. de mod. mulct.* Pœnale judicium est actio, quæ datur litiganti, hoc est, ei, cujus interest non fuisse obtemperatum jus dicenti, ad vindicandam contemptam majestatem Magistratûs, & ejus imperium: neque enim datur contra eum, qui quandocumque detrectavit parere magistratui, ejusque jurisdictioni, sed solùm contra eum, qui contempsit ejus imperium in fine jurisdictionis: hoc est, qui reluctatus est imperio, & coërcitioni magistratûs. Neque statuitur pro arbitrio magistratûs, sed condemnatur contumax actori, quanti ea res est. *d. l.* 1. *ff. si quis jus dic.* Plura non addo: doctissimè enim, ac luculentissimè hæc exponuntur à Duar. disp. *lib.* 1. *cap.* 50. *Bellon. de mand. jurisd. c.* 8. *quæst.* 19. Illud tantùm dico: mulctam dici ad tuendam jurisdictionem: hoc judicium potiùs dari ad tuendum mixtum imperium: ideò faciliùs mulctæ dictio conceditur; quia jurisdictio nulla est sine modicâ coërcitione. *l. ult. in fin. ff. de offic. ejus*, &c.

CAPUT V.

AD L. IN PRIVATIS 77. *ff. de Judic.*

SUMMARIUM.

1 *Proponuntur duæ leges, quæ contrariæ putantur.*
2 *Negotium quid significet in jure?*
3 *Judicia privata, & publica, quæ?*
4 *Pater filium, & filius patrem judicem habere potest in privatis, non in publicis judiciis.*
5 *Majus periculum imminet patre judicante in causa filii, quàm eo jus dicente.*
6 *Judicandi, sicut juris dicundi, officium publicum est.*
7 *Quoad jus publicum, filius non sequitur jus patriæ potestatis.*
8 *Filius potest arbiter esse de re patris.*
9 *Arbiter conventione litigantium eligitur.*
10 *Judices ex consensu dabantur.*
11 *Prætor judices seligebat, & in albo nomina eorum*

scribebat, & jurabat se optimum quemque seligere. n. 12.

12 *Judicia interdum penes Senatum, interdum penes ordinem equestrem, interdum penes utrumque fuere.*

13 *Litigantes judicem non seligebant, sed datum rejicere poterant. & n. 16.*

14 *Si actor judicem ferret, reus refugere poterat, & ejerare sibi iniquum esse.*

15 *Si non refugiebat, judex ex consensu datus dicebatur.*

17 *Non poterat rejici judicio jam inchoato.*

18 *In causis criminalibus quomodo liceret judicem rejicere.*

19 *Sibi imputare debet, qui judicem accepit patrem, aut filium, cum posset rejicere.*

IN *l. qui jurisdictioni* 10. *ff. de jurisd. omn.*
1 *jud.* ait Ulpianus: *Qui jurisdictioni praeest, neque sibi jus dicere debet, neque uxori, vel liberis suis, neque libertis, vel caeteris, quos secum habet.* Contrà Africanus in *l. in privatis* 77. *ff. de judic. In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere potest.*

Contraria existimantur hæc duo responsa: sed non sunt. Primùm autem disputant interpretes, quæ sint privata negotia. Privata negotia sunt privatæ controversiæ, de quibus
2 privata judicia peraguntur. Negotium enim pro quæstione, controversiâ, lite, sæpenumero usurpatur in jure nostro, ut in *l. Imperatores* 34. *ff. de jure fisc. in l. eumdem* 16. §. 1. *ff. de legation.* Hinc negotium facere alicui dicitur, qui eum litibus vexat. *l.* 1. *ff. de calumniat. l.* 5. *ff. de obsequiis parent. l.* 6. *C. de testib.*

Privata igitur negotia sunt privatæ controversiæ: undè & privata judicia dicuntur, in quibus illæ agitantur. Cicer. *lib.* 1. *de Orator. Nam volare in foro; harere in Pratorum tribunalibus; judicia privata magnarum rerum obire.* Et in *Topic. Privata judicia maximarum quidem rerum in Jureconsultorum mihi videntur esse prudentia.* Gell. *lib.* 14.
3 *cap.* 2. *Quo primùm tempore à Pratoribus lectus sum in judices, ut judicia, qua appellantur privata, susciperem.* Judicia igitur privata erant, in quibus Prætor judicem dabat, in quibus privata negotia disceptabantur. Ratione muneris, & ratione judicantis omne judicium publicum est. *l. quippe* 78. *ff. de judic. l.* 2. *ff. de reg. jur.* Ratione negotii, & controversiæ, de qua disceptatur, alia sunt judicia privata, alia publica. §. *publicorum Instit. tit. de public. judic.* Igitur in privatis judiciis pater filium, vel filius patrem judicem habere potest: non in publicis, 4
in quibus de capite, aut existimatione alicujus quæritur. Esset enim inhumanum, & omninò non tolerandum, filium à Patre, aut Patrem à filio torqueri, catenis vinciri, verberibus subjici, supplicio affici, ut notant Græci interpretes.

His expositis, superest alia quæstio explicanda. Quid rei sit, cur Pater in causa filii, filius in causa Patris judex esse possit, non possit autem jus dicere. Non sunt hæc contraria. Aliud enim est judicare, aliud jus dicere, ut norunt omnes. *l. voluit* 4 §. *ult. ff. de interrogation. l. quidam* 57. *ff. de re judic. rubric. C. ne quis in sua caus. jud. vel jus dicat.* Sed tamen, si Patri non permittitur jus dicere in causa filii, quid est, quod judicare pariter non prohibetur? Majus enim periculum imminere 5
videtur, si judicet, quàm si jus dicat. Nec nodum solvit Paulus in *l. quippe* 78. *ff. de judic.* ubi eam rationem affert: quia judicandi 6
munus publicum est. Hoc enim solum efficit, ut in judicando nulla debeat haberi ratio patriæ potestatis; nec filius, & pater pro una, eademque persona sint habendi, quemadmodum considerantur in iis, quæ ad jus privatorum pertinent, *l. ult. in fin. C. de impub. & al. substit. l. cùm scimus* 12. *in fin. C. de agric. & censit. lib.* 11. quod & in actionibus exercendis obtinet. *l. ne cum filiofam.* 76. *ff. de furt.* Facit text. in *l.* 2. *in princ. ff. quar. rer. act. n n det.* In iis autem, quæ ad jus 7
publicum pertinent, filius non sequitur jus patriæ potestatis, *l. nam quod* 14. *ff. ad SC. Trebell.* & loco patrisfam. habetur. *l. filiusfam.* 9. *ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. l. item eorum* 6. *ff. quod cujusque universit. l.* 2. *ff. de muner. & honor.* Romani enim potiorem voluerunt esse causam Reip. quàm patriæ potestatis. *l. honor.* 14. §. *plebeii ff. de muner. & hon. l. postliminium* 19. §. *filius quoque ff. de capt. & postlim.* Antiquius enim est, ut patriæ quis nascatur, cui nati sunt & ipsi parentes. *l.* 1. §. *& generaliter ff. de ventr. in poss. mittend.* Cæterum hæc scrupulum non

evellunt, quia etiam juris dicendi munus publicum est, *l. ille à quo* 13. *in fin. cum seq. ff. ad SC. Trebell.* & tamen Pater filio jus dicere non debet. *l. qui jurisdictioni ff. de jurisd.*

Puto rationem eruendam esse ex *l. quin*
8 *etiam* 6. *ff. de recept. arbitr. Quin etiam de re Patris dicitur filiumfam. arbitrum esse: nam & judicem eum esse posse plerisque placet.* Quæ verba mutuatus est Gratian. *in c.* 2. §. *filius.* 3. *quæst.* 7. Comparantur hîc arbiter ex compromisso, & judex. Non dubitatur autem, filium in causa patris ideò arbitrum esse posse, quia arbiter conventione, consensuque utri-
9 usque litigantis eligitur, sibique debet imputare, qui consentit in Patrem, aut filium. *l. diem* §. *stari ff. de recept. arbitr.* Igitur eadem ratio urgeat in judice, necesse est, quoniam alterum alteri exemplum præstat, & ab altero ad alterum ducitur argumentum.

Et sanè ita se res habet. Cicer. *in orat. pro Cluent. Neminem voluerunt majores nostri, non modò de existimatione cujusquam, sed ne pecuniariâ quidem de re minimâ, esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*
10 Valer. Max. *lib.* 2. *cap.* 8. *Itaque judex inter eos convenit Attilius Calatinus, apud quem Valerius in hunc modum egit.* Sed ne quis credat, judices electos fuisse à litigantibus, sicut arbitri ex compromisso eligebantur, adeò ut in his nullæ essent partes Prætoris, *l.* 3. §. *tametsi ff. de rec. arbit.* tota res accuratiùs est explicanda.

Prætor judices seligebat, qui de privatis negotiis judicarent. Gell. *lib.* 14. *cap.* 2. *Quo primùm tempore à Prætoribus lectus sum in judices, ut judicia, quæ appellantur pri-*
11 *vata, susciperem.* Eorum nomina describebat in albo. Senec. *lib.* 3. *de benefic. cap.* 7. *Ubi id de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad hac sumi judex ex turba selectorum, quem census in album, & equestris hereditas misit.* Aliquando enim judicia fuerunt penès Senatores, plerùmque penès Equites, aliquando penès
12 utrosque. Ex his autem Prætor judices legere debebat. Damnat hoc Plin. *lib.* 14. *cap.* 1. *Posteris laxitas mundi, & rerum amplitudo damno fuit, postquam Senator censu legi cœptus, judex fieri censu.* Jurabat autem Prætor se optimum quemque seligere. Cic. *pro Cluent. Deindè Prætoris urbani, qui jurati debent optimum quemque in selectos judices referre.*

Litigantes judicium, & judicem à Prætore postulabant. *l. Si quis cum ff. commun. divid.* Ascon. *Cum in rem aliquam agerent* 13
litigatores, judicem poscebant. Cic. *pro Cæcin. Cœpit Scandilius recuperatores, aut judicem postulare.* Prætor, quem volebat, ex selectis judicem addicebat. Neque enim prætor permittebat actori certum aliquem judicem sumere, sed solùm concedebat, ut rejiceret. Quò pertinet illud Ciceronis *lib.* 3. *in Verr. Si mehercule ex omni copia conventus Syracusani, splendidissimorum, honestissimorumque hominum faceres potestatem aratori non modò rejiciendi, sed etiam sumendi recuperatores; tamen hoc novum genus injuriæ ferre nemo posset, te, cùm tuos omnes fructus publicano tradidisses, & rem de manibus amisisses, tum bona tua repetere, ac persequi lite, atque judicio.* Huc etiam puto pertinere formulam illam in addicendo judice, quam refert Fest. *in verb. procum. Si alium procas, nive eum procas: procare enim est poscere.* Non poterat enim Prætor judicem addicere, quem altera pars nominatim petiisset. *l. observandum ff. de judic.*

Verùm enimverò solebat aliquando actor, qui in jus vocabat reum, aut qui provocabat, reo judicem ferre. Liv. *lib.* 8. *Eumque tibi exercitus, Senatusque judicium fugiensi, judicem fero.* Et *lib.* 9. *Quem tibi tuarum irarum, quem meorum suppliciorum judicem feram.* Poterat tamen reus refugere, & re- 14
jicere judicem, quem ferebat actor. Cic. *pro Q. Rosc. Quem si ferrem judicem, refugere non deberet, quomodò testem productum reprehendere audebit?* Id. 11. *de Orator. Cùm ei M. Flaccus, multis probris objectis, P. Mucium judicem tulisses, Ejero, inquit, iniquus est: Cùm esset admurmuratum, Ah! inquit, P. C. non ego illum mihi iniquum ejero, verum omnibus.* Qui judicem rejiciebat, iniquum sibi ejerabat: non quòd eum iniquum aut injustum esse diceret, sed

quòd æquo jure apud eum disceptare non posset. Cic. *de petit. consulat. Vocem audivimus jurantis, se Romæ judicio æquo cum homine Græco certare non posse.*

15 Quòd si reus non refugeret judicem, quem ferebat actor, sed in eum consentiret, Prætor eum judicem addicebat; isque ex consensu datus, & ex conventione litigatorum addictus dicebatur. Atque ita intelligenda. *l. Si in judicis* 80. *ff. de judic. l. ex consensu* 23. *ff. de appellat. l. quidam consulebat* 57. *ff. de re judic.* Debebat tamen convenire judex unus, ex selectis in albo descriptus. Quo alludit Plin. *in Præfat. Quid te judicem facis? cùm hanc operam condicerem, non eras in hoc albo. Majorem te sciebam, quàm ut descensurum huc putarem.*

Si vero judex non convenisset: nempè si aut actor judicem non ferebat, aut reus eum sibi iniquum ejerabat: tunc Prætor, quem volebat, ex albo judicem dabat. Licebat tamen litigantibus eum rejicere, & ejerare. Cic. 5. *in Verr. Scandilius postulare de conventu recuperatores. Tum iste negat se de existimatione sua cuiquam,*

16 *nisi suis commissurum. Negotiatores putant esse turpe, id forum sibi iniquum ejerare, ubi negotientur. Prætor provinciam totam sibi iniquam ejerat.* Plin. *in Panegyr. ad Trajan. Licet rejicere, licet exclamare: hunc nolo.* & infrà: *Liberum est autem disceptanti dicere: nolo eum eligere: neque enim ullam necessitatem muneribus tuis addis.* Et alludit etiam in *Præfat. Præterea est quædam publica etiam eruditorum rejectio.* Nec puto necessarium fuisse causam addere: satis enim erat sibi iniquum ejerare.

17 Nec obstat text. in *l. pariter* 9. *ff. de liber. caus.* Nam ibi judicium erat jam cœptum: itaque sine causa non poterat illud evitare, qui eo inchoato supervenerat.

18 In causis etiam criminalibus fiebat sortitio, deindè rejectio: mox subsortitio, ut luculentè Ascon. Pedian. *in* 2. *in Verr.* Lex autem Cornelia prohibebat amplius, quàm tres judices, rejicere, teste Cicerone *in* 2. *in Verr.* Sed hæc ad nos non pertinent.

Jam concludamus. Cùm judex invito non daretur, sibi imputare debet, si quis judi-

19 cem in causa filii Patrem accepit. Et ideò rectè JC. in *l. quin etiam* 6. *ff. de recept. arbitr.* ducit argumentum à judice ad arbitrum: non multùm enim hac in re differunt. Magistratus autem jus dicit etiam in invitum, & quidem sine spe restitutionis. *l. sed etsi* 26. *§. ait Prætor ff. ex quib. caus. major.* Judicis autem dati sententia appellatione rescinditur. *l. ult. ff. quis & à quo appell.*

CAPUT VI.

Ad §. Prætorum Instit. tit. de jur. nat. gent. & civil.

SUMMARIUM.

1 *Lex populi jussum, nec nisi à populo condi poterat.*
2 *Quicquid à populo decernebatur, lex dicebatur.*
3 *Legem ferebant Consul, Prætor, Dictator, Interrex.*
4 *Leges pleræque consulares: paucæ prætoriæ, & quæ?*
5 *Prætor aliquando in provinciis ex SC. leges dabat.*
6 *Exemplum Edicti Prætorii, legis autoritatis habentis.*
7 *Prætor juris custos, non conditor & n. 10. & 12.*
8 *Prætor potest jus constituere, non legem condere.*
9 *Prætor legislator: explicatur n. 10. & 12. quomodò intelligendum?*
10 *Prætor bello præerat, bellum gerebat, populus indicebat.*
11 *Initio Reip. tam Consules, quàm Dictator, Prætores appellabantur.*
12 *Legislator, qui legem fert, & rogat, etiamsi non sanciat.*
13 *Nomothetæ apud Græcos. qui?*
14 *Legislatores etiam Jurisconsulti appellantur.*
15 *Theophilus explicatur.*
16 *Edictum Prætoris lex annua.*
17 *Atheniensium Senatusconf. annua.*
18 *Edictum translatitium.*
19 *Aliquando Prætores aliter, atque edixerant, decernebant.*
20 *Alter Prætor poterat intercedere, & alterius iniquitati occurrere.*
21 *Lex Cornelia quid prohiberet?*
22 *Nova edicta post legem Corneliam. & n. 23. & 24.*
24 *Actiones post legem Corneliam introducta.*
25 *Senatusconsultum factum ad coërcendos Prætores.*
26 *Explicatur Asconius, Prætorum edicta alia perpetua, alia temporaria.*
27 *Quæstiones perpetuæ, quæ?*
28 *Edicta temporaria, quæ?*
29 *Edictum perpetuum & immutabile ab Adriano.*
30 *Edictum post Adrianum lex est in genere: non in specie. & n. 31.*
32 *Vim legis non habet.*
33 *Etiam hodiè ex edicto non hæreditas, sed bonorum possessio defertur.*
34 *Etiam hodiè valent ipso jure obligationes, quæ à Prætore impugnantur.*
35 *Justinianus naturam & vim singularum juris partium non mutavit.*

DE Prætoris jurisdictione, atque autoritate in jure condendo pauca delibabo, de qua in §. *Pretorum Instit. tit. de jure nat. gent. & civil.* Hac de re disputant interpretes nostri *ad rubr. C. qui admisti*, reique non admodùm obscuræ densissimas tenebras offundunt. Primùm disputant, an Prætor posset legem condere per prius: deinceps, an posset legem condere per posterius. Inventis his vocibus absonis, & incultis, rem satis expeditam mirum in modum involverunt.

Solum populum Romanum potuisse legem condere, satis constat inter omnes, vel leviter eruditos. Operam perdat, qui hoc
1 probare contendat. Ipsa legis definitio id demonstrat, à legislatore nostro tradita in §. *lex est Instit. tit. de jure natur. gens. & civ. Auctor ad Heren. lib. 2. Lege jus est id, quod populi jussu sancitum est. A.* Gell. *lib.* 10. *cap.* 20. ex Atejo Capitone: *Lex est generale jussum populi, aut plebis, rogante magistratu.* Boët. *in* Topic. *Lex est, quam Populus centuriatis comitiis sciverit.* Fest. Pomp. *in Verbo* rogatio: *Quod in omnes homines, resve po-*
2 *pulus scivit, lex est.* Adeò autem legis proprium est populi jussum, ut, quicquid per comitia populus jussisset, lex à veteribus appellaretur. Itaque etiam privilegia leges appellabantur. Exempla apud veteres passim occurrunt, & testatur Gell. *lib.* 10. *cap.* 20. Bellum quoque lege juberi dicebatur, ut passim apud Livium: & legem ferre dicebatur, qui reum ad populi judicium vocabat: & adoptiones lege fiebant. Cic. *pro domo suâ: si quod in ceteris legibus trinundinum esse oportet, id in adoptione satis est trium esse horarum, nihil reprehendo.* & reliqua. Gell. *lib.* 5. *cap.* 19. Dio *lib.* 39. *& lib.* 45.

Solus igitur populus legem condebat. Prætor autem legem ferre poterat, & populum rogare. Id solummodo permissum majoribus
3 Magistratibus, nec tamen omnibus. Quatuor tantùm magistratus legem ferre poterant: duo ordinarii, Consul, & Prætor: duo item extraordinarii, Dictator, & Interrex. Itaque Prætor legem ferebat, proponebat, promulgabat: populus condebat; Prætor populum rogabat: populus sciscebat. Prætor legi nomen, populus vim, & autoritatem dabat. Dio *lib.* 37. Τῷ δὲ στρατηγῷ, τῷ ἐσενεγκόντι αὐτὸν, ἀχθόμενοι οἱ βουλευταὶ, (ὁ γὰρ Μέτελλος ὁ Νέπως ἦν) ἠθέλησαν τό τε ὄνομα αὐτοῦ ἀπαλεῖψαι ἀπὸ τοῦ νόμου, καὶ ἕτερον ἀντεγγράψαι. *Pretori autem, legem ferenti, infensi Senatores, (erat enim is Metellus Nepos,) voluerunt & nomen ejus legi detrahere, & aliud inscribere.* Cic. *in* Rull. *Hic Tribunus plebis lege curiata, quam Prætor feras, adimit intercedendi potestatem.* Quamquam autem legi vim, & autoritatem populus tribueret; tamen, quod lege sancitum erat, is qui tulerat, statuisse dicebatur. Flor. *Epitom.* 97. *Judicia quoque per M. Aurelium Cottam Pretorem ad Equites Romanos translata sunt.* Factum est id lege Aureliâ de judiciis, à M. Aurelio Cotta Prætore lata. Ascon. Pedian. *Cotta lege sua judicia inter tres ordines communicavit, Senatores, Equites, Tribunos Ærarios.* Vell. Paterc. *lib.* 2. 32. *Per idem tempus Cotta judicandi munus, quod C. Gracchus ereptum Senatui ad Equites, Sulla ab illis ad Senatum transtulerant, aequaliter inter utrumque ordinem partitus est.*

Pleræque autem leges erant Consulares, 4
paucæ admodum Prætoriæ: cujusmodi fuerunt lex Cæcilia, à Q. Cæcilio Metello, lex Aurelia, à C. Aurelio Cotta; lex Cassia, à Q. Cassio; lex Fusia de comitiis, à Q. Fusio Caleno, Prætoribus latæ.

Aliquando tamen Prætores in provinciis 5
autoritate à Senatu acceptâ leges condiderunt. Cic. *lib.* 2. *in Verr. Halesini, cùm haberent inter se controversias de senatu cooptando, leges à senatu nostro petiverunt. Decrevit senatus honorifico senatusconf. ut his C. Claudius, Appii filius, Pulcher, Prætor, de senatu cooptando leges conscriberet.* & paulò infrà: *Agrigentini de senatu cooptando Scipionis leges antiquas habens.* Et rursus: *Nam eo quoque colonos P. Rupilius deduxit, legesque similes de coopsando senatu, ac de numero veterum, ac novorum dedit.* At hoc factum solummodo in provinciis: & hæ leges potiùs Populi, ac Senatûs, quàm Prætoris esse videbantur. *Id.* Cic. *Quas enim leges sociis, amicisque dat is, qui habet imperium à po-*

pulo Rom. autoritatem legum dandarum à senatu; ha debent & populi R. & senatus existimari.

6 Romæ quoque Marius Gratidianus Prætor de re nummaria è Rostris edixit. Hoc edictum à Plinio lex appellatur. In *lib.* 33. *cap.* 9. *in fin. Igitur ars facta denarios probare, tam jucunda lege plebi, ut Mario Gratidiano vicatim totas statuas dicaverit.* Sed hoc non fuit propriè edictum Prætorium, sed à tribunis plebis, adhibito collegio Prætorum communi consensu conscriptum. Et cùm constituissent, ut omnes simul in rostra post meridiem conscenderent, Marius, ut collegis, & Tribunis plebis gratiam popularem præriperet, rectà conscendit in rostra, &, quod communiter compositum fuit, solus edixit. Et tanto populi consensu, atque approbatione fuit exceptum, ut omnibus vicis statuæ factæ fuerint. Cic. *lib.* 3. *de offic.* Accessit igitur Populi autoritas, & totius collegii Prætorum, & Tribunorum plebis consensus, neque illud edictum solâ Gratidiani Prætoris autoritate nitebatur.

Non poterat igitur Prætor legem condere.

7 Quapropter Cicero, qui suas leges Reip. Rom. accommodavit, eum juris civilis custodem facit, non conditorem: *Qui privata judicet, judicarive jubeat, Prætor esto: juris civilis custos esto.* Contrarium tamen innuere videtur Historicus: *Penès quem Magistratum omnis publici, privatique juris potestas esset, ut & novum jus constituere, & vetera abrogare facultas esset.*

Sed animadvertendum est, aliud esse legem condere, aliud jus constituere. Juris nomen comprehendit etiam Prætoris edicta, quæ jus prætorium, seu jus honorarium appellabantur. *l.* 2. §. *eodem tempore ff. de orig. jur. l. jus autem civile* §. *ult. ff. de just. & jur. l. jus pluribus ff. eod.* §. *constat autem Instit. tit. de jure nat. gent. & civil.* Potest Prætor jus constituere, & abrogare: legem

8 condere, & abrogare non potest. *l. cùm sponsus* §. *si res talis ff. de Public. in rem action. l. non est ambigendum in fin. ff. de bonor. possess. l.* 1. §. *sed si Prætor ff. de fer.* Juris nomen latissimè patet, præsertim apud veteres rerum Romanarum scriptores, qui hæc minus accuratè distingunt ptæ Jurisconsultis. Cic. *in Topic. definit Jus civile, quod ex legibus, Senatusconsultis, rebus judicatis, jurisperitorum autoritate, edictis magistratuum, more, æquitate consistat.* Autor ad Heren. *Constat igitur jus ex his partibus: naturâ, lege, consuetudine, judicato, æquo & bono, pacto.* Lex autem pars, seu species juris est. §. *constat autem Instit. tit. de jure nat. gent. & civil. l. jus autem ff. de just. & jur.* Quòd Prætor possit jus constituere, non indè efficitur, posse legem condere. Leo potest generare animal, non tamen potest generare hominem.

Sed Historici testimonium niti, & confirmari videtur autoritate Justiniani, qui Prætoribus non solùm juris, sed legum etiam potestatem tribuit, eosque Legumlatores appellat. *In novell.* 24. *de Præside Pisid. in præfat.* ait, veteres Romanos Prætoribus 9
armorum juxta, ac legum potestatem fecisse & paulò post: Ἐπιτρέψαντες τι αὐτοῖς καὶ τὰ πολιτικὰ διοικεῖν, καὶ τὰ περὶ τῶν νόμων γράφειν. *Concedentes ipsis & rem publicam administrare, & leges scribere.* Et in *novell.* 25. *de Prætor.* Lycaon. *in præfat.* ait, veteres Romanos suos Imperatores appellasse Prætores, eisque potestatem dedisse, ut exercitus ducerent. Καὶ τοῖς ἀπ' αὐτοῦ γεγραμμένοις ἐπείθοντο νόμοις. *& scriptis ab ipso legibus obtemperabant.* & in *novell.* 26. *de Prætor.* Thrac. *cap.* 1. *Nam si Prætor Romanorum, Imperator simul, & Legislator, hunc locum tenuit in suo Magistratu.* Στρατηγὸς ὁμοῦ καὶ νομοθέτης.

Respondetur, quòd, cùm Imperator Justinianus in eadem persona, eodemque magistratu conjungere vellet tum rei bellicæ, tum juris civilis administrationem, voluit confirmare hanc Constitutionem exemplo Romanæ Reip. quæ tum Consulibus olim, tum Prætoribus provinciarum posteà utrumque concessit. Itaque ea omnia referenda sunt non ad potestatem condendæ legis, sed ad potestatem juris dicendi. Ea enim est mens Justiniani, qui exemplum veterum Romanorum sequi volens, nihil aliud Prætori concedit, quàm ut jus dicat. Habebant 10
in Romana Rep. Prætores armorum juxta,

ac legum potestatem. Eamdem nimirum potestatem habebant, quoad arma, quam habebant, quoad leges. Atqui arma quidem tractare poterant, & bella gerere, non tamen poterant bellum indicere. Jussu populi bellum gerebant. Populus lege curiatâ imperium deferebat Imperatori, ut posset bellum gerere. Ipse bellum jussu populi administrabat, prout Reip. putabat expedire. Sic poterant quidem leges à populo conditas tractare, supplere, corrigere, mitigare, adjuvare: *l. jus autem civile* §. 1. *ff. de justit. & jur.* non tamen poterant leges condere. Sicut bello præerant, tamquam imperatores; ita legibus præerant, tamquam Prætores. *d. novell.* 24. *cap.* 1. ibi: ἡγεῖσθαι, καὶ προεστάναι τῶν νόμων. Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat.* *Prætor dictus, qui praeiret jure, & exercitu.* Sicut autem belli inferendi jus non habebant injussu populi, ita nec legis condendæ. Quare Justinianus non dixit, eos potuisse leges sancire, aut condere; *sed ea, quæ ad leges pertinent, scribere.* Τὰ περὶ τῶν νόμων γράφειν. Hæc omnia idem significant: habere legum potestatem, posse ea, quæ ad leges pertinent, scribere: esse vivam vocem juris civilis, *l. nam & ipsum ff. de just. & jur.* posse leges adjuvare, supplere, corrigere. *l. jus autem* §. 1. *ff. eod.*

At enim Romani legibus à Prætore scriptis parebant. *d. novell.* 25. *cap.* 1. Hoc verò dictum est de Consulibus, ac Dictatoribus, de quibus ibi agit Justinianus, qui omnes initio Reip. Rom. Prætores appellabantur.
11 Illi dicti sunt Prætores: hic Prætor maximus appellabatur. Liv. *lib.* 3. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. Zonar. *tom.* 2. Varr. *lib.* 2. *de vita pop. Rom. apud Non. in voce* consulum. Fest. *in voce* Prætoria. M. Tullius, *lib.* 3. *de legib.* Et hoc significat Justinianus in *d. Nov.* 25. *in pref.* ubi ait, Prætoris nomen etiam ante Consules fuisse.

Verùm quia nec Consules condendæ legis potestatem habebant, ideircò dicendum est, Justinianum loqui de illis legibus, quas Consules ferebant, populumque rogabant.
12 Quemadmodum & in *novell.* 24. *in præfat.* eadem de re agens ait: Καὶ πολὺς νόμοι ἐκ τῆς τῶν πραιτώρων ἐξεχέθη φωνῆς. *& multa leges voce Prætoris ferebantur.* Et huc quoque referenda sunt illa verba *novell.* 26. ubi Prætorem Legislatorem appellat. Ferebat enim Legem Prætor, & ideò Legislator dici potest, ut initio diximus. Cic. *orat.* 4. *in Catilin.* *Ipsum Latorem legis Semproniæ jussu populi pœnas Reip. dependisse. Ad Attic. lib.* 1. *epist.* 11. *Piso autem Consul, lator rogationis, idem erat dissuasor.* Prætor νομοθέτης *nomotheta* appellatur à Justiniano. Nomothetæ à Græcis dicebantur etiam illi, qui legem condere non
poterant. Pollux: Νομοθέται δ' εἶναι χίλιοι, οἷς 13
ἐξῆν λῦσαι παλαιὸν νόμον, ἀλλ' οὐ θεῖναι νέον: τοὺς γὰρ νέους ἐδοκίμαζεν ἡ βουλὴ, καὶ ὁ δῆμος, καὶ τὰ δικαστήρια. *Nomothetæ erant mille, quibus veterem legem tollere licebat, non autem novam condere: novas enim leges probabat Senatus, Populus, & Magistratus.* Et Ulpian. *in* 3. *Olynthiac.* duo genera nomothetarum recenset, alterum eorum, qui novas leges ferebant alterum eorum, qui cognoscebant, an ullæ essent leges inter se contrariæ, ut eâ de re ad populum referretur.

Atque hæc nomina, etiamsi minùs convenirent Prætoribus, tamen apud Justinianum toleranda essent, qui minùs accuratè ple-
rùmque loquitur, & qui etiam Jurisconsul- 14
tos Legislatores appellat. *l.* 2. §. *ne autem incognitum & l.* 3. §. *sed & hoc optimum C. de veter. jur. enucl.*

Postremò pro Historici autoritate pugnare videtur Theophilus, qui ait datum fuisse jus legis ferendæ præcipuè Prætori urbano, & peregrino, & Ædilibus curulibus, idque jus honorarium dictum.

Sed confundit Theophilus jus legis ferendæ 15
cum potestate edicendi. Legem ferre poterat Prætor, non Ædiles. Edictum proponebat non solùm Prætor, sed etiam Ædiles. Jus honorarium non componebant leges, à Prætore latæ: nam hæ erant leges Populi, non jus Prætorium, aut honorarium, jus honorarium constabat edictis, rum Prætoriis, rum Ædilitiis. §. *Prætorum quoque Instit. tit. de jur. nat. gent. & civ.* Utrumque confudit Theophilus, &, cùm sciret Prætorem habuisse jus ferendæ legis, hoc jus accommodavit edictis, cùm sit valdè diversum. Nisi dicamus, eum leges vocasse

vocasse edicta : nam & Censorum edicta leges Censoriæ dicebantur. Cic. 3. *de divin.* & 1. *in Verr.* & *in orat. pro Cluent.*

Jam verò videamus, an Prætor posset legem condere per posterius. Occurrit hic amphibolia in illis verbis, *per posterius.* Si quærimus, an Prætor posset legem condere accedente populi approbatione, hoc est, legem ad populum ferre; nulla controversia est, ut initio exposuimus. Sed tunc à populo, non à Prætore erat legis autoritas.

Si verò quærimus, an edicta Prætoris vim legis haberent, populo approbante, inutilis propè quæstio est. Numquam enim id factum legimus; nisi quis huc referat edictum Gratidiani Prætoris, de quo modo
16 disseruimus. Cic. *in action.* 3. *in Verr.* ait, eos, qui plurimùm tribuebant edicto, ipsum dixisse legem annuam. Et rursus: *Si finem edicto afferunt calendæ Januariæ, cur non initium quoque edicti nascitur à calendis Januariis? an in eum annum progredi nemo poterit, quo Prætor alius futurus est; in illum, quo Prætor alius fuit, regredietur?* Edictum igitur Prætoris unius anni finibus circumscribebatur, & ideò constat ipsum non populi autoritate, sed solius Prætoris
17 annui Magistratus innixum fuisse. Exemplum ab Atheniensibus. Demosthen. *in oration. adversus Aristocrat.* Ὁ νόμος δ' ἐπέτεια κελεύει τὰ τῆς βουλῆς εἶναι ψηφίσματα. *Lex jubet Senatusconsulta annua esse.* Tamdiu enim præerat Senatus Quingentorum. Ulpian. ad hunc locum. Ἀλλ' ἃ μὲν ἡ βουλὴ ἐκύρου χωρὶς τοῦ δήμου, ἕως ἦρχεν, ἴσχυε, καὶ ἦν ὅλως ἐπέτεια. Τὰ δὲ ἀπὸ τοῦ δήμου γιγνόμενα, καὶ πλείονα ἔμενε χρόνον. *Quæ à Senatu sine populo decreta erant, vim obtinebant quamdiu Senatus Reip. præerat, & erant re verâ annua: quæ verò a populo fiebant, longius tempus durabant.*

Verumtamen cum edicta Prætorum æquitate niterentur, quam semper præ oculis in edicendo Prætores habebant, novi Prætores aut nihil omninò, aut admodum pauca de vetere edicto mutabant, & corrigebant. Quò fiebat, ut, cùm quædam, imò pleraque in omnibus edictis diu proposita fuissent, vetustate invalescerent, & vim consuetudinis obtinerent. Cic. *de invent. lib.* 2. *In eâ autem* (consuetudine) *jura sunt quædam, ipsa jam certa propter vetustatem: quo in genere & alia sunt multa, & eorum multò maxima pars, quæ Prætores edicere consueverunt.* Et hoc dicebatur edictum translatitium, quia semper de vetere in novum edictum transferebantur. Cicer. *lib.* 1. *in Verr. Posteaquam jus prætorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus. Quare hoc sit æquissimum, facile est docere: sed in re tam usitatâ satis est ostendere, omnes antea jus ita dixisse, & hoc vetus edictum, translatitiumque esse. Et lib. 5. ad Attic. ep. 21. Interim cùm ego in edicto translatitio centesimas me observaturum haberem cum anatocismo anniversario. Et lib. 6. epist. 1. de reliquo jure dicundo* ἄγραφον *reliqui. Dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accommodaturum.* Certa enim erant, & usitata edicta de judicibus dandis, de actionibus, de exceptionibus, & hujus generis reliquis. 18

Multi tamen, & inter eos quidam viri docti, putant lege Corneliâ, latâ à Cornelio Balbo, Tribuno plebis, ademptam fuisse Prætoribus potestatem mutandi, & corrigendi vetus edictum. Ex eo tempore fuisse semper unum, idemque edictum omnium Prætorum; & cùm perpetuum esset, & immutabile, vim legis obtinuisse. Lata fuit hæc lex Acilio, & Pisone Coss. anno urbis 687. Sed falluntur meo judicio. Res autem ita se habet.

Improbi, atque ambitiosi Prætores vel ad cogendam pecuniam, vel ad captandam gratiam primùm non omnia edicto complectebantur, ut possent pro arbitrio jus dicere, & novum edictum proponere. Prætereà aliquando non observabant edictum propositum, & aliter, atque ut edixerant, decernebant. Hæc omnia reprehendit M. Tullius in Verre. *lib.* 1. *in Verr. Appellat* 19
heredem L. Anneum, qui erat institutus secundùm filiam, dicit, se posse ei condonare edicto hereditatem. Et rursus: *Nam quæso redite in memoriam, judices, quæ libido istius in jure dicendo fuerit, quæ varietas decretorum, quæ nundinatio, quàm inanes de-*

mus eorum omnium, qui de jure Civili consuli solent. Et iterum: *Tum verò in Magistratu contra illud edictum suum sine ulla religione decernebat. Itaque L. Piso multos Codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit: quod iste aliter, atque ut edixerat,*
20 *decrevisset.* Nota hîc alterum Prætorem intercedere potuisse, & occurrere iniquitati Prætoris Urbani. Ascon. *in 3. Verrin.* 101. *Nam ex ipso negotio videtur edixisse Verres, ut omnis libertus non Patrono tantùm, sed Patroni filiæ sextam relinquat hereditatis.*

Hanc edictorum iniquitatem, & improbitatem Prætorum plebiscito Cornelius Balbus compressit, de quo Dio Cass. *lib.* 36. *Prætores quomodo jus dicturi essent, conscriptum in albo proponebant, sed neque omnia comprehendebant, quæ ad contractus pertinent; neque id semel faciebant; neque ea, quæ scripta proposuerant, observabant: atque id plerumque, ut usu venire solet, in gratiam, vel odium alicujus faciebant. Igitur rogationem tulit, ut statim suscepto magistratu edicerent, quomodo jus dicturi essent, neque ab his, quæ*
21 *edixissent, recederent.* Non prohibetur hâc lege Prætor suum edictum proponere: sed cogitur proponere initio magistratûs, & prohibetur ab edicto proposito recedere, ipsumque mutare. Ascon. Pedian. *in argumento orat. pro Cornel. de Majest. Aliam deindè legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis, tulit, ut Prætores ex edictis suis perpetuis jus dicerent: quæ res tum gratiam ambitiosis Prætoribus, qui variè jus dicere solebant, sustulit.* Jus dicere coëgit ex edictis suis, nempè ex edictis, quæ ipsi initio Magistratus proposuissent: idque ad præcludendam viam ambitiosis Prætoribus jus variè dicendi. Igitur hæc lex sustulit eam variationem, ac nundinationem decretorum, quam loco modo laudato M. Tullius acriter insectatur. Itaque idem Cicero, cùm non multis post hanc legem latam annis in Cilicia Procons. esset, de se ipso narrat Attico *ep.* 21. *lib.* 5. *Interim cùm ego in edicto translatitio centesimas me observaturum haberem, cum anatocismo anniversario, ille ex syngrapha postulabat quaternas. Quid ais, inquam, possumne contra meum edictum?* & *lib.* 6. *epist.* 1. *Metui, si impetrasset, ne tu ipse me amare desineres: nam ab edicto meo recessissem.* Animadvertendum, quòd semper suum edictum dicit: erat enim à se propositum, à quo tamen recedere non poterat. Etenim lex Cornelia non prohibebat proprium edictum proponere, & à vetere edicto recedere, sed recedere à proprio edicto.

Itaque Cicero in edicto hoc suo in quibusdam recesserat ab edicto Bibuli, multaque mutuatus erat ab edicto Asiatico Q. Mutii Scævolæ, ut ipse testatur eadem *epistola prima lib.* 6. Plin. *epist. ult. lib.* 5. refert, Nepotem edictum proposuisse, quo admonebat accusatores, admonebat reos, executurum se, quæ Senatusconsulto continerentur, & edicto subjecisse Senatusconsultum hoc: *Omnes, quic-* 22
quid negotii haberent, jurare priùs, quàm agerent, jubebantur, nihil se ob advocationem cuiquam dedisse, promisisse, cavisse. Hoc Senatusconsultum in usu non erat, ut testatur idem Plinius in fine *Epistolæ*, Nepos tamen se ita jus dicturum edixit. Et cùm à multis hoc edictum carperetur, nemo tamen objecit, eum non potuisse vetera edicta mutare, & novum edictum proponere. Id. Plin. *Interim tota civitate Nepotis edictum carpitur, laudatur. Multi: invenimus, qui curva corrigeret. Quid? ante hunc Prætores non fuerunt? Quis autem hic est, qui emendet publicos mores? Alii contra: rectissimè fecit; initurus magistratum jura cognovit; Senatusconsulta legit; reprimit fœdissimas pactiones; rem pulcherrimam venire non patitur.* Nemo objicit legem Corneliam. Nimirum contra 23
legem Corneliam non erat. Edictum quoque, de quo in *l. Si quis in gravi* §. *quod ad causam ff. de SC. Sillan.* fuit propositum post legem Corneliam, cùm fuerit posterius Senatusconsulto, quod Augusto imperante factum est an. 762. Nisi quis credat id à Salvio Juliano additum edicto perpetuo. Aliud occurrit *in l.* 1. §. *ait Prætor. ff. de postul.* Aliud edictum Provinciale in *l. Divus Hadrianus* 6. *ff. de custod. & exhib. reor.* Vide *l.* 1. §. *Si cui cautum ff. de extr. cogn.*

Salvianum quoque interdictum probabile

14

est in edicto fuisse propositum à Salvio Juliano, cùm Prætor fuit. Actio quoque furti manifesti in quadruplum fortasse fuit à Præ-
24 tore introducta post legem Corneliam. Nam cùm eo tempore necterentur etiam debitores, verosimile non est, Prætorem misertum fuisse furum manifestorum, eosque ab ea pœna voluisse liberare, ut aliàs luculentè demonstrabimus. Sunt & aliæ actiones Prætoriæ, quæ post legem Corneliam videntur inventæ, ut Publiciana, & aliæ, quarum nulla umquam mentio ante illam legem; de quibus aliàs agemus singulatim. Nunc ad rem redeamus.

25 Animadvertendum est etiam, quòd multò ante legem Corneliam L. Æmilio Paulo & C. Licinio Crasso Coss. anno urbis 586. idem cautum fuerat Senatusconsulto, quod refert Doduwellus ad Spartian. *in Hadrian. Hora octava Senatus coactus est in Hostilia. SC. factum, Pretores ut suis edictis perpetuis jus dicerent.* Et tamen Carbonianum edictum posterius est hoc Senatusconsulto. Nam C. Carbo Prætorius fuit occisus Carbone & Mario Coss. anno Urb. 672. teste Velleio Paterculo *lib. 2. 26. & 27.*

Imposuerunt plerisque verba Asconii: *ex edictis suis perpetuis.* Sed non dixit Asconius, lege cautum fuisse, ut edicta essent perpetua: sed ut jus dicerent ex suis edictis perpetuis. Alia enim edicta Prætorum erant perpetua:
26 alia temporaria. Edicta perpetua erant annua. Dicebantur perpetua, non quoad tempus, sed quoad officium: perpetuò enim durabant durante officio, ac magistratu. Dicebantur perpetua, quia referebantur ad alia temporaria, quæ, prout res inciderat, unius tantùm negotii causâ proponebantur. Sic, cùm olim, quoties crimen aliquod publica animadversione dignum fuisset perpetratum, crearetur à populo. Quæstor parricidii, qui de eo crimine cognosceret, quando horum delictorum cognitio cœpit mandari Prætori,
27 quæstiones perpetuæ sunt constitutæ: licèt Prætori non in perpetuum, sed in singulos annos mandaretur. Dicebatur autem perpetua quæstio constituta, quia Prætor, cui mandata erat ejusmodi cognitio, toto anno de omnibus ejus generis delictis cognoscebat, cùm olim pro singulis delictis singuli Quæsitores crearentur. Eodem modo edicta perpetua dicebantur, quæ toto anno obtinebant, totamque rationem juris dicundi complectebantur: cùm alia essent edicta, in quibus aliquid è re natâ Prætores edicebant. Edicta distinguit in hæc duo genera Ulpian. in *l. Si quis id 7. ff. de jurisd. Si quis id, quod jurisdictionis perpetua causâ, non quod, prout res incidit, in albo propositum erit, corruperit.*

Edictum perpetuum, seu perpetuæ jurisdictionis causâ propositum, erat id, quod Prætor initio magistratûs proponebat, in quo edicebat, quomodò jus dicturus esset eo anno. Idcirco lege Corneliâ ex eo jubebatur jus dicere, & ab eo recedere prohibebatur.

Edicta temporaria non ejusdem modi erant omnia. Erant edicta, quibus reus vocabatur, quæ nostri vulgo citationes appellant. *l. ad peremptorium cum quinque ll. seqq. ff. de judic.* Erant edicta monitoria, objurgato- 28
ria, consolatoria, de quibus latè *Brisson. de formul. lib. 3. in princ.* Erant & quædam edicta, quibus Prætor impendens aliquod periculum amovebat, &, ne aliquid fieret, prohibebat. Cic. *lib. 2. in Verr. Quod nisi Metellus hoc tam graviter egisset, atque illam rem imperio, edictoque prohibuisset, vestigium statuarum istius in tota Sicilia nullum esset relictum.* Valerius Max. *lib. 1. cap. 3. C. Cornelius Hispallus, Prætor Peregrinus, M. Popillio Lænate, Cn. Calpurnio Coss. edicto Chaldæos intra decimum diem abire ex urbe, atque ex Italia jussit.*

Constat igitur, edictum perpetuum non lege Corneliâ factum fuisse, sed Senatusconsulto, Imperatoris Hadriani tempore, qui in eo digerendo Salvii Juliani JC. operâ usus est. *l. dedit. §. si verò postea C. de veter. jur.* 29
enucl. l. penult. C. de Condict. indeb. Eutrop. lib. 9. l. 2. § sed quia in fin. C. eod.

An autem hoc edictum, à Salvio Juliano compositum, vim legis haberet, ita ut dici posset, Prætores legem condidisse per posterius, non sine causa dubitari potest. Equidem, ut dicam, quod sentio, hîc quoque

in nominis amphiboliam incidimus. Nam si legis nomen in genere accipimus, ut significet quodcumque jus, quamcumque constitutionem legitimè factam, jubentem ali-
30 quid, aut vetantem, *l. legis virtus ff. de legib. & l. 1. & 2. ff. eod.* utique vim legis habebat. Erat enim olim Lex annua, ut ait Cicero: postquàm factum fuit perpetuum, non amplius erat Lex annua, sed verè lex perpetua. Lex enim est, quæ scripto sancit, quod vult, aut jubendo, aut vetando, à delectu. *Cic. de legib. & Senec. lib. 4. de benefic. Legem dicimus justi, injustique regulam esse.* hæc omnia conveniunt edicto perpetuo. Et in hac significatione legis nomen, etiam Senatusconsulta comprehendit, ut in *l. tutelas 7. in princ. ff. de cap. min. l. aut privatim 10. in princ. ff. ad SC. Turpill.* junctâ *l. 2. § 1. ff. de cust. & exhib. reor. & l. si res 49. ff. de minor.* junctâ *l. 1. ff. de reb. eor.* Simili autem oratione Adriani in Senatu fuit confirmatum Edictum perpetuum. *d. l. dedit. § si verò postea C. de veter. jur. enucl.*

Quod si legis nomen propriè accipiamus pro generali jussu populi, ut eam Capito de-
31 finiebat, & Justin. *in §. Lex est Instit. tit. de jure natur.* quemadmodum nomen legis accipitur in *l. jus autem 7. ff. de justit. & jur. in l. juris gentium 7. ff. de legib. in l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. maj. l. 2. §. deindè cùm esset ff. de origin. jur. l. 1. ff. ne quid in loc. public.* & passim; utique edictum Prætoris nec post confirmationem Adriani, nec post approbationem Justiniani lex est.

Imò etsi legis nomen accipimus pro ea sanctione, seu constitutione, quæ supremam habet potestatem vetandi, atque imperandi, quemadmodum ferè semper usurpatur in jure nostro, Edictum Prætoris lex non est, ne-
32 que vim legis habet. Itaque in jure nostro semper edictum appellatur, non verò lex, nec legis nomine comprehenditur, nisi cùm legem pro jure dicunt. Nam Adrianus quidem Edictum Prætoris de annuo perpetuum fecit, non tamen ejus naturam mutavit, aut vim auxit, aut quicquam roboris addidit.

Quamobrem Justinianus in hoc nostro §. *Prætorum Instit. tit. de jur. nat. gent. & civ.* ait: *Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris autoritatem.* Rectè: non enim edicta Prætorum obtinent supremam illam autoritatem, quam leges, & constitutiones Principum, de quibus antea egerat, sed multò minorem. Et hoc, etiam tempore ipsius Justiniani post Pandectarum compositionem. *Obtinent*, inquit: non agit de tempore veterum Prætorum; sed de suo. Quid ita? *Quia Magistratus huic juri autoritatem dederunt*, ut ait paulò infrà. Retinent igitur eamdem autoritatem, quam ipsis dederunt Magistratus, & ideò non modicam; non tamen summam, ac maximam.

Exemplis id clarius ostendam. Prætor non poterat hæredem facere: per legem enim solùm, vel similem juris constitutionem hæredes fiunt. *§. quos autem Instit. tit. de bonor. poss.* Sine supremâ legis autoritate nobis hæreditas obvenire non potest, sive ab intestato, sive ex testamento. *l. verbis legis. l. lege obvenire ff. de V. S.* Itaque Prætor dabat bonorum possessionem iis, quos ad successionem vocabat. *d. §. quos autem.* An post Adria- 33
num, vel post Justinianum ex edicto Prætorum deferri cœpit hæreditas? Minimè verò. Etiam post Imperatores laudatos nihil aliud ex edicto defertur, quàm bonorum possessio. Quid ita? Quia non mutarunt naturam edicti, nec majorem autoritatem ipsi dederunt. Sustulit quidem Justinianus quasdam bonorum possessiones, tamquam inutiles, reliquas tamen, quam confirmavit, non mutavit in hæreditatem, sed & hodiè manent bonorum possessiones, ut constat ex toto *tit. Instit. de bonor. possess. & ex toto lib. 37. & 38. Pandectarum, & ex lib. 6. Cod. à tit. 10. ad 20.*

Prætor obligationem jure civili rectè contractam, ipso jure tollere non poterat, ne contra leges faceret, sicut nec ullus alius magistratus: *l. formam. 2. C. de off. Præf. Prætor. Orient.* & ideò dabat exceptionem ad elidendam actionem, si quando aliquam obligationem improbabat; & is, cui dabat exceptionem, ipso jure erat obligatus. *tot. tit. Instit. de exception.* Atque id etiam hodiè ob- 34
tinet: nam obligatio, à Prætore improbata, non est ipso jure nulla, sicut ipso jure nulla

est obligatio, quæ à legibus improbatur, sicut pro infectis habentur ea omnia, quæ lege prohibente fiunt; *l. non dubium C. de legib.* sed hodiè etiam, quemadmodum olim, ad infringendam & enervandam obligationem opus est exceptione. *d. tit. Instit. de except. & toto tit. ff. & C. de except.* Igitur nec hodiè edictum Prætoris habet eamdem vim, quam lex. Imò nec priùs pactum per pactum posterius eliditur ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem: *l. si unus* 27. §. *pactus ff. de pact.* quia stipulatio legis autoritate nititur; pactum verò autoritate prætoriâ. *l. juris gentium* 7. §. *ait prætor. ff. de pact.* Vide text. *in l. in honorariis* 35. *in princ. ff. de oblig. & action.*

Non excutiam longiùs, nec singulas partes juris Prætorii percurram, quas si quis velit singulatim, & accuratè perpendere, intelliget, eamdem prorsùs habere vim, quam Prætores ipsi tribuerunt. Et ratio est in promptu. Cùm enim Justinianus non novum jus condiderit, sed veterum Jurisconsultorum sententias, ac præcepta collegerit, & in Pandectis digesserit, eisque tribuerit legis autoritatem; veteres autem Jurisconsulti in edictis interpretandis tribuerint ipsis eam autoritatem, quam à Prætoribus acceperant; utique eamdem quoque ipsis tribuit Justinianus, qui veterum Jurisconsultorum interpretationes confirmavit.

At enim Justinianus omnia, quæ in libros juris congessit, sua esse voluit, quasi leges à se conditas, ac promulgatas. *l.* 1. §. *sed in hoc studium l.* 2. §. *ne autem in fin. C. de vet. jur. enucl.*

Respondetur, id esse verissimum, quoad vim derogandi omnibus aliis legibus. Has
35 enim solas voluit observari Justinianus, & omnes pariter eodem modo, perindè ac si essent omnium postremæ constitutiones, & ab ipso conditæ omnes eodem tempore, videlicèt tunc, cùm eas colligit. *d. l.* 2. §. *hac autem omnia*; & *l.* 3. §. *tanta C. eod.* Non tamen id pertinet ad vim disponendi, & producendi effectus, quam non mutavit Imperator noster. Sua fecit omnia, sed tamen voluit singulas juris partes propriam habere naturam, quam initio habuerunt; &, cùm nollet ex integro novum jus condere, ex veteri jure quædam sustulit, & abrogavit; quædam confirmavit, & ipsis tribuit eam autoritatem, quam cujusque natura patiebatur.

CAPUT VII.

Ad §. Sunt autem Instit. tit. de bonor. possess. & ad l. ut liberis 17. C. de Collat.

SUMMARIUM.

1 *Bonorum possessio contra tabulas est ex testamento. & 20.*
2 *Omnis successio, tum civilis, tum prætoria, aut ex testamento, aut ab intestato.*
3 *Tabulæ significant testamentum.*
4 *Bonorum possessio contra tabulas non rescindit testamentum.*
5 *Nec impedit, quominùs hæres in testamento scriptus adeat hæreditatem & 15.*
6 *Qui omissâ bonorum possessione contra tabulas adit ab intestato, legata præstat, quemadmodùm ille, qui adit omissâ causâ testamenti.*
7 *Hæc bonorum possessio non impedit querelam inofficiosi.*
8 *Concurrit cum bonorum possessione secundùm tabulas.*
9 *Non admittit simul ad successionem exhæredatum.*
10 *Conservatur substitutio: & legata.*
11 *Testamentum est supremum judicium defuncti.*
12 *Excluso hærede scripto, & admisso altero non scripto, fit irritum testamentum.*
13 *Paria sunt non esse, & non esse legitimè.*
14 *Prætor rescindit judicium defuncti, non testamentum. & ratio. n. 15.*
15 *Non potest contra leges facere, nec subvertere actum à jure comprobatum.*
16 *Exempla proponuntur: & n. 17. 18. 19. 20.*
21 *Exhæredati ad hanc bonorum possessionem non admittuntur: & quare.*
22 *Explicatur* l. ut liberis C. de collat. *& nn. seqq.*
23 *Collatio locum habet, sive ab intestato succedatur, sive per hanc bon. pos.*
24 *In hâc bonorum possessione Prætor servat ordinem, & divisionem juris civilis.*
25 *Intestatus quoad tutelam dicitur etiam, quia ritè fecit testamentum.*
26 *Minùs propriè Prætor dicitur rescindere testamentum: & afferuntur varia exempla.*
27 *Nullum dicitur, quod est sine effectu, etiamsi ipso jure subsistat.*
28 *Bonorum possessio contra tabulas comparatur querelæ inofficiosi solum quoad effectum collationis.*

QUæ de bonorum possessione contra ta-
bulas dicturi sumus, ea pertinent ad
Prætoris autoritatem, de quâ disseruimus.
Bonorum possessio contra tabulas recensetur
inter bonorum possessiones ex testamento. *in*
§. sunt autem Instit. tit. de bonor. possess. & in
1 *§. sed eas Instit. tit. eod.* Et meritò: est enim
bonorum possessio contra tabulas ex testa-
mento, non ab intestato: & ideò semper in
jure nostro separatur, ac distinguitur à suc-
cessione ab intestato, ut in *l. 1. §. ita autem*
ff. undè liber. in l. 4. C. de collation. Et cùm
omnis successio tum civilis, tum prætoria,
2 sit vel ex testamento, vel ab intestato, *§. ult.*
Instit. tit. per quas person. cuiq. acquir. princ.
tit. Instit. de bonor. possess. si ab intestato non
sit, sequitur ut sit ex testamento.

Verùmtamen, quamvis hæc certa videan-
tur, vix intelligi potest, quî fiat, ut ea bo-
norum possessio, quæ impugnat volunta-
tem, ac testamentum defuncti, nihilominùs
sit ex testamento. Videntur hæc inter se con-
traria esse: ex testamento, & contra testa-
3 mentum. Est contra tabulas: ergò & contra
testamentum: tabularum enim nomen testa-
mentum significat. *l. 1. §. hoc interdictum ff.*
de tab. exhib. l. 1. §. 1. ff. quemadm. testam.
aper. l. 1. ff. de bonor. poss. sec. tab. Juven.
Sat. 2.

Notum est, cur solo tabulas impleverit Ister
Liberto. — — — — —

Et *Satyr. 6.*

— — — — *Mox decolor heres*
Impleret tabulas, numquàm tibi manè vi-
Id. *Satyr. 14.* (*dendus.*
Corripies nimirum, & castigabis acerbo
Clamore: & post hac tabulas mutare parabis.

Si est contra testamentum, ergò non ex tes-
tamento.

Impugnat quidem bonorum possessio con-
tra tabulas testamentum, & voluntatem de-
functi, & est contra testamentum, non ta-
men ipsum testamentum rescindit, nec de-
functum facit intestatum: undè ab intestato
succedi non potest, & subsistente testamen-
4 to, non potest succedi nisi ex testamento.
Rescinditur quidem judicium testantis, *l. 1.*
ff. de legat. præstand. non tamen rescinditur
ipsum testamentum, quia Prætor non quærit
de jure testamenti, an valeat, vel non va-
leat, sed de jure ejus, qui petit bonorum
possessionem; *l. filio 16. in fin. ff. de inoff. tes-*
tam. & dat quidem bonorum possessionem
contra voluntatem defuncti, à quâ recedit.
l. sed cum patrono 6. §. 1. ff. de bon. poss. tes-
tamentum autem illæsum, intactumque re-
linquit, nec impedit, quo minùs in eo tes- 5
tamento scriptus hæres adeat hæreditatem. *l.*
is qui in potestate §. sed si scriptis ff. de le-
gat. præst.

Hinc autem multi oriuntur effectus. Pri-
mus est, quòd, sicut ille, qui omissâ causâ
testamenti, ab intestato adit hæreditatem,
cogitur legata præstare, perindè ac si hæres
esset ex testamento, *l. 1. ff. si quis omiss. caus.*
testam. ita &, qui omissâ bonorum posses- 6
sione contra tabulas ab intestato possidet hæ-
reditatem, legata præstat, quæ præstaret ac-
ceptâ hâc bonorum possessione. *l. quis au-*
tem 6. §. hoc edictum ff. eod.

Alter, quòd, si pater defuncti acceperit 7
bonorum possessionem contra tabulas, filia
à defuncto exhæredata potest agere querelâ
inofficiosi testamenti: *l. filio 16. §. 1. ff. de*
inoff. test. quâ agere non posset, si per bono-
rum possessionem rescissum fuisset testamen-
tum: tum quia filia succederet ab intestato,
& ideò ei non competeret querela; *§. tam*
autem Instit. tit. de inoff. testam. tum quia
querela testamentum rescindit, atque sub-
vertit. *l. Papinianus §. si ex causa l. in repu-*
diantis ff. de inoff. testam. non posset autem
rescindi testamentum, si jam fuisset rescissum
per bonorum possessionem. *l. nam etsi 5. vers.*
puto igitur ff. de injust. rup.

Tertius, quòd bonorum possessio contra
tabulas potest concurrere cum bonorum pos-
sessione secundùm tabulas. *l. sed cum patrono* 8
6. ff. de bonor. poss. utraque enim est ex testa-
mento.

Quartus secundo similis est: si alter ex fi-
liis sit præteritus, alter exhæredatus, & præ-
teritus accipiat bonorum possessionem con-
tra tabulas, nihilominùs non admittitur ad 9
successionem exhæredatus. *l. si post mortem*
10. §. exhæredati ff. de bonor. poss. contr. tab.

atqui admitteretur, si per bonorum possessionem contra tabulas everteretur testamentum, & defunctus fieret intestatus. *l. filium 20. in princ. ff. eod.*

Quintus, quòd, licèt Prætor recedat à voluntate testatoris quoad institutionem, tamen & exceptis personis legata conservat; *l.*
10 *1. & toto tit. ff. de legat. præst.* & sustinetur substitutio pupillaris, & omnia legata à substituto data: *l. ex duobus 34. §. ult. ff. de vulg.* quæ in irritum omnia reciderent, si testamentum everteretur. *l. 2. vers. nam si principale ff. de vulg. l. si patroni 55. §. qui fideicommissum ff. ad SC. Trebell. §. 1. Inst. de hæred. quæ ab intest.*

Sed hîc in scopulum impingimus, quem interpretes nostri declinantes prætervehuntur. Si Prætor defuncti judicium rescindit, *l. 1. ff. de leg. præst.* rescindit etiam testamentum. Quid enim est testamentum, nisi vo-
11 luntatis nostræ justa sententia? *l. 1. ff. qui testam. fac. poss.* Quid, nisi supremum defuncti judicium? *l. vel negare ff. testam. quemadm. aper. l. nec si mora 5. C. de quæstion. l. nec fideicommissa 36. ff. de legat. 3. l. 1. ff. de bonor. poss. ex testam. milit. l. 1. C. de collation. l. ex testamento 5. C. de testam. milit. l. non oportet 5. C. de his quib. ut indig. l. hi quibus 7. C. de fideicom. libert.*

Præterea, si à Prætore hæres scriptus excluditur, & admittitur hæres non scriptus, fit irritum testamentum, & defunctus intes-
12 tatus decedit. *l. 1. in princ. ff. de suis, & legit. hæredib. princ. tit. Instit. de hæredit. quæ ab int. defer.* Paria enim sunt aliquid non es-
13 se, & non esse legitimè. *l. quoties 6. ff. qui satisd. cog. l. 1. ff. si quis in jus voc. non ier. l. 1. §. quòd si nemo in fin. ff. quod cujusq. univers.*

Respond. quòd quoties à jure civili rescinditur judicium testatoris, rescinditur etiam, atque evertitur testamentum: item, cum jure civili fit irritum testamentum hærede non adeunte, decedit intestatus, qui ejusmodi condidit testamentum. At verò,
14 cùm Prætoris autoritate judicium testantis rescinditur, non evertitur testamentum: potiùs enim Prætor à voluntate testatoris recedit, quàm testamentum subvertat, de cujus jure non quærit. *l. filio 16. in fin. ff. de inoff. testam.* Quamobrem, etsi hæredibus non adeuntibus corruat exhæredatio, & exhæredatus admittatur ab intestato; tamen filio petente bonorum possessionem contra tabulas, alter filius exhæredatus non admittitur ab intestato, quia non infirmatur testamentum, & ideò sustinetur exhæredatio. *l. filio 20. in princ. ff. de bonor. possess. contra tab.* Itaque Justinianus in *l. ult. §. sancimus C. de liber. præter.* rectè ait: *ut & ipsa, si fuerit præterita, adinstar filii emancipati, vel sui, vel testamentum ipso jure evertat, vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur.* Suus, qui juris civilis præsidio munitus est, evertit ipso jure testamentum: emancipatus, qui solùm ope Prætoriâ succedit, non evertit ipso jure testamentum, sed ipsum stare non patitur, hoc est, non patitur admitti hæredem scriptum in testamento, & locum habere voluntatem testatoris. Item in *l. si duo 16. ff. de legat. præst.* filius in potestate existens præteritus, licèt accipiat bonorum possessionem contra tabulas, tamen, quia etiam jure civili munitus est, ab intestato rem habere videtur, & legata non præstat. Contrà frater ejus emancipatus, licèt & ipsi communicetur bonorum possessionis auxilium, tamen legata præstat, quia ex testamento rem habere videtur, in quo fuerat institutus.

Ratio autem, cur Prætor non rescindit testamentum, ea est, quia nec potest rescin- 15
dere, nec potest facere intestatum eum, qui rectè & secundùm præcepta legum testatus est. Testamenta enim à lege XII. tabul. sunt confirmata. *l. verbis legis, & l. lege obvenire ff. de V. S.* Prætor autem contra leges facere non potest. *l. 1. §. 1. ff. de fer. l. cum sponsus §. si res ff. de Public. in rem act.* Itaque, quod legis autoritate munitum est, à Prætore subverti non potest: neque enim eam habet autoritatem, ut vim legis possit infringere, sicut non potest legem condere. Quemadmodum igitur non potest hæredem facere, quia sola lex hanc potestatem habet, *§. quos autem Inst. tit. de bonor. possess.* ita non potest impe-

dire, quominùs sit hæres ille, qui jure civili hæres existit. *l. cùm quasi* 30. §. *sed etsi sunt ff. de fideic. libert. l.* & *fine* §. *sed quod Papinianus ff. de minor.* §. *restituta Instit. de fideicommiss. hæredit.* Quapropter, cùm dat bonorum possessionem contra tabulas præterito, non excludit hæredem institutum, qui rectè adire potest hæreditatem. *l. is qui in potestate* §. *sed si scriptus ff. de legat. præst.* licèt sine effectu sit aditio; Prætor enim potest indirectò effectum impedire, non potest directò impugnare, ac subvertere actum jure civili comprobatum.

Sed hoc accuratiùs explicare operæ pretium est. Non potest Prætor directò legem impugnare, & abrogare, aut subvertere id,
16 quod à lege fuit constitutum. Potest tamen indirectò effectum à legis sanctione prodeuntem impedire. Exemplis id planiùs exponam. Non potest Prætor obligationem jure civili comprobatam tollere, nec impedire quominùs contractus jure civili comprobatus civilem pariat obligationem: idcircò, cum æquitate suadente improbat aliquem contractum, non ipsum subvertit, non tollit ejus obligationem, sed effectum impedit dando exceptionem. Valet contractus: ex contractu nascitur civilis obligatio: parit actionem: sed vis actionis infringitur exceptione. *princ. tit. Inst. de except.* & §. 1. & 2. & *tot. tit.*

Prætor potest dare bonorum possessionem illis, qui à jure civili non vocantur ad hæ-
17 reditatem: §. *emancipati Instit. tit. de hæred. quæ ab int.* non potest tamen dare bonorum possessionem illis, qui à lege prohibentur capere hæreditatem. *l. non est ambigendum* §. 1. *ff. de bonor. poss.* Ita dat Prætor actionem Publicianam ad persequendam rem non usucaptam, perindè ac si usucapta esset, ad quam actio civilis non competit: §. *namque si cui*
18 *Instit. tit. de action. l.* 1. *ff. Publician.* non tamen eam dat, si res à jure prohibeatur alienari. *l. cùm sponsus* §. *si res ff. de Public. in rem act.*

Prætor excludit eos, qui à jure civili vocantur ad hæreditatem, non tamen directò, declarando eos incapaces successionis, sed
19 indirectò aliquem ipsis præferendo. Jus civile vocat agnatos ad hæreditatem post suos hæredes. Ulpian. *Instit. cap.* 26. *l.* 1. *post suos* & §. *seq.* & *l.* 2. *ff. de suis, & legit. hæred.* Prætor non exclusit à successione agnatos, neque enim id efficere poterat; sed prætulit ipsis emancipatos. §. *emancipati Inst. tit. de hæred. quæ ab intest.* Itaque, si moriatur paterfamilias sine suis hæredibus relicto emancipato, jure civili succederent agnati. Non tollit Prætor hoc jus succedendi, quod habent à lege, sed ipsis præfert emancipatum, cui dat bonorum possessionem, perindè ac si esset in potestate: *d.* §. *emancipati*, quam ipsi non daret, si nominatim à lege fuisset exclusus. *l. non est ambigendum* §. *ult. ff. de bonor. poss.*

Eodem modo se res habet in successione testamentariâ, de quâ agimus, Testator ritè condidit testamentum. Prætor non rescindit testamentum, quod legis autoritate nititur; *l. verbis legis ff. de V. S.* non impedit, ne scriptus hæres adeat hæreditatem; *d. l. is qui* 20
in potestate §. *sed si scriptus ff. de legat. præst.* sed hæredi scripto præfert præteritum, dando ipsi bonorum possessionem. Et quia hæc bonorum possessio repugnat scripturæ testamenti, dicitur *contra tabulas*: est tamen ex testamento, quia non evertitur testamentum; licèt non sit secundùm testamentum. Atque ita directò non facit contra legem, comprobantem testamentum.

Imò nec directò Prætor impugnat, ac subvertit voluntatem testatoris, nam & ipsâ legis autoritate vallatur. Nam, si testator nominatim filium ab hæreditate excluserit, eum exhæredando, Prætor eum non admittit ad 21
bonorum possessionem: *l. non putavit* 8. *in princ. ff. de bonor. possess. contr. tab.* ubi notandum est illud verbum, *remotos*. Exhæredati non admittuntur, quia ab hæreditate remoti sunt à testatore, nec possunt admitti, nisi directò impugnetur, & subvertatur testatoris voluntas. Et ideò nec commisso per alios edicto admittuntur. *l. si post mortem* 10. § *exhæredati ff. eod.* Cùm verò admittit præteritum, non impugnat directò voluntatem, licèt eo admisso excludatur institutus, quia hoc fit in consequentiam. Quemadmodum

non

non facit contra legem Prætor, cum agnatis præfert emancipatos, licèt hinc consequatur, ut excludantur agnati, qui à lege vocabantur.

His explanatis viam stravimus ad intelligendam Leonis constitutionem in *l. ut liberis* 17. *C. de collat.* quæ adeò contraria est huic sententiæ, ut nihil suprà. *Ut liberis tàm masculini, quàm fœminini sexûs quocumque jure intestatæ successionis, id est, aut testamento penitus non condito, aut, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petitâ, vel in-*
22 *officiosi querelâ motâ rescisso.* Tria sunt in his verbis observanda. Primum, quòd, qui accipit bonorum possessionem contra tabulas, obtinet hæreditatem jure intestatæ successionis. Præterea, quòd petitâ bonorum possessione contra tabulas rescinditur testamentum. Denique, quòd hâc in re bonorum possessio comparatur querelæ, quâ verè testamentum rescinditur, *l. testamentum* 24. *C. de inoffic. testam. l. filii* 16. *C. fam. ercisc. l. qui repudiantis ff. de inoffic. testam.* & fit defunctus intestatus. *l. posthumus* 6. §. *si quis ex his personis ff. eod.*

Respondetur, quòd quotiescumque filii non succedunt ex voluntate testatoris, qui potest partes inæquales facere, locum habet collatio, ut omnes consequantur pares por-
23 tiones ex bonis paternis. Itaque sicut collatio locum habet, cùm succeditur ab intestato, ita locum habet, cùm succeditur per bonorum possessionem contra tabulas. *l. filia* 4. *C. de collat.* Imò collatio præcipuè inducta est propter bonorum possessionem contra tabulas. *l.* 1. *in princ. ff. de collat.* Nam, qui accipit bonorum possessionem contra tabulas, non succedit secundùm voluntatem defuncti, sed ex voluntate Prætoris, & ideò non debet plus obtinere ex bonis paternis, quàm alii, qui vel à testatore, vel à jure civili vocantur ad hæreditatem. Quamobrem Prætor liberos ad hanc bonorum possessionem vocat, eo jure, eoque ordine, quo vocarentur ad successionem jure civili, & dis-
24 tribuit ipsis eas portiones, quas habituri essent ab intestato: *l.* 1. §. *vocantur autem l. non putavit* 8. *in fin. versic. Prætori l. si in adoptionem* 11. §. 1. *ff. de bonor. poss. contr. tab. l. ult. in princ. ff. de legat. præst.* ad servandam autem hanc æqualitatem inter liberos hanc collationem introduxit. Igitur, cùm agitur de collatione, (ut in *d. l. ut liberis*) omnis successio dicitur intestata, etiam quæ obtinetur per bonorum possessionem contra tabulas: non, quia verè sit ab intestato; ab eâ enim distinguitur; sed quia idem jus est, idem effectus. *l. filia* 4. *C. de collation.* Sic 25
etiam, quoad tutelam dicitur intestatus etiam ille, qui verè intestatus non decessit. *l. intestato* 6. *ff. de legit. tutor.* §. *quod autem Inst. tit. de legit. agn. tut.* Et Imperatorem Leonem *in d. l. ut liberis*, voluisse comprehendere omnes successiones, in quibus obtinet collatio, sive propriè, sive impropriè essent intestatæ, constat ex illis verbis generalibus: *quocumque jure intestatæ successionis.*

Verbum autem, *rescisso*, propriè refertur ad querelam inofficiosi, cui subjectum est: minùs propriè ad bonorum possessionem contra tabulas. Est enim illud usitatum, ut, quando verbum plura debet comprehendere, & ad plura referri, sufficiat unum ex illis propriè comprehendere, etiamsi alia contineat minùs propriè. Rescissum autem dicitur testamentum, quia Prætor ipsum stare non patitur, *l. ult.* §. *sancimus. C. de liber. præter.* 26
hoc est, non patitur observari quoad hæredis institutionem, cui præfert præteritum, quasi hic, non ille, fuisset institutus. Ita rescindere dicitur emancipationem Prætor, cùm emancipatum admittit ad bonorum possessionem undè liberi, eumque præfert agnatis. *l. sed cum patrono* 6. §. 1. *ff. de bonor. possess.* Non potest Prætor rescindere emancipationem, quæ à lege XII. tabul. fuit inducta, ejusque autoritate sustinetur: sed tamen dicitur rescindere spectato effectu: quia emancipatum admittit, perindè ac si non esset emancipatus. Sic rescindere usucapionem dicitur Prætor, cùm dat actionem ad rem persequendam, perindè ac si non fuisset usucapta. *l. in honorariis* 35. *in princ. ff. de oblig. & act.* §. *rursus Instit. tit. de action.* Sic rescindi testamentum dicitur, cùm hæres transgreditur voluntatem testatoris. *l. in tabulis* 36. *ff. de statu lib.*

Nimirùm si verba referamus ad jus, non est rescissio: si ad effectum, rescissio est: quia idem consequitur effectus, qui per rescissionem consequeretur. Sic nulla dicitur obliga-
27 tio in *l. si dare 25. ff. de V. O.* quæ tamen dicitur jure subsistere, & efficax esse in §. 1. *Instit. tit. de except.* hîc enim ad jus; illic ad effectum verba referuntur Ad effectum quoque refertur verbum illud, *rescisso*, in nostra *l. ut liberis*, quia quoad inducendam collationem perindè est, ac si rescissum esset.
28 Et quoad eumdem effectum comparatur ibi querela inofficiosi testamenti cum bonorum possessione contra tabulas, quia per utramque ita succeditur, ut sit necessaria collatio.

CAPUT VIII.

Ad l. Papinianus 8. in princ. ff. de inoff. testam.

SUMMARIUM.

1 *Bonorum possessiones aliæ sunt cum re, aliæ sine re.*
2 *Bonorum possessio litis ordinandæ gratiâ est sine re.*
3 *Querela inofficiosi, nisi cùm hæres institutus adivit hæreditatem*
4 *Bonorum possessio litis ordinandæ gratiâ non est necessaria liberis in potestate existentibus, sed emancipatis.*
5 *Per querelam inofficiosi testamenti suus hæres simul rescindit testamentum, & hæreditatem acquirit.*
6 *Quâ de causâ suis hæredibus non sit necessaria bonorum possessio litis ordinandæ gratiâ.*
7 *Filius agendo querelâ immiscet se hæreditati, nec potest posteà abstinere.*
8 *Agnoscens bonorum possessionem, & agens querelâ inofficiosi pro hærede gerit.*
9 *Implens conditionem non adit, & quare?*
10 *Emancipati post rescissum querelâ testamentum possint repudiare hæreditatem juxtà quorumdam sententiam.*
11 *Testamentum patris querelâ rescinditur, quasi pater non sanæ mentis fuerit, cùm testatus est.*
12 *Non debet esse in arbitrio cujusquam, ad quem velit deferri hæreditatem. sed contrà, n. 13.*
13 *Emancipatus agendo querelâ agnoscit successionem.*
14 *Hæc bonorum possessio inventa est in commodum emancipatorum, ut querelâ agere possint.*
15 *Emancipatus jure civili nihil juris habet in bonis paternis.*
16 *Pater filium emancipatum exhæredando non facit ei injuriam secundùm jus civile.*
17 *Bonorum possessio litis ordinandæ gratiâ reddit emancipatum capacem successionis; & querelæ inofficiosi.*
18 *Emancipatus sine hâc bonorum possessione non potest per querelam vindicare hæreditatem, in quâ nullum jus habet.*

QUoniam de bonorum possessionibus sermo est institutus, de bonorum possessione litis ordinandæ gratiâ pauca subjiciamus, de quâ in *l. Papinianus 8. in princ. ff. de inoffic. testam.*.

Præter illas bonorum possessiones cum re, quæ nobis jus tribuunt, & dominium omnium rerum hæreditariarum, *l. 1. 2. & 3.* 1
ff. de bon. poss. sunt quædam bonorum possessiones sine re, de quibus Ulpian. *in frag. &* Imperatores *in l. filiis matrem C. de inoff. testam.*

Inter has bonorum possessiones sine re, quæ jus non tribuunt, est illa, quæ datur acturis querelâ inofficiosi testamenti: *l. quamvis 2. C. eod. de inoff.* quæ dicitur bonorum possessio litis ordinandæ gratiâ in *l. Papinianus 8.* 2
ff. de inoff. testam. Est autem sine re, quia querela inofficiosi non datur, nisi hæres institutus adiverit hæreditatem. *d. l. Papinianus*
§. si conditioni vers. quoniam ff. eod. Itaque, 3
donec testamentum per querelam rescindatur, hæreditatem obtinet institutus, non, qui agit querelâ, aut ordinat litem inofficiosi testamenti, ut avocet hæreditatem ab instituto. *d. l. 2. de inoff. testam.*.

Hæc bonorum possessio liberis in potestate existentibus necessaria non est. *l. quemadmo-* 4
dum 7. ff. de inoff. testam. Hinc à contrario argui posse videtur, eam bonorum possessionem liberis emancipatis esse necessariam. Quorsùm detur hæc bonorum possessio, & quâ de causâ necessaria sit emancipatis, non suis hæredibus, est inter doctissimos homines magna dissensio. Rem obscurissimam, quantùm potero, dilucidè explicabo. Omittam autem, quæ hâc in re fingit Accursius atque ejus asseclæ, Græcorum fabulis simillima.

Suis hæredibus non est necessaria bonorum possessio hæc, quia, cùm ipsi succedant ab intestato, per solam querelam inofficiosi, utrumque consequuntur, & ut rescindatur testamentum patris, & ut avocent hæreditatem à scriptis hæredibus. Nam querela inof-

ficiosi testamenti est actio, quâ simul rescin-
ditur testamentum, & petitur, ac vindica-
5 tur hæreditas; *l. Papinianus §. quoniam. l.
eum qui §. ult. l. si instituta §. de inofficioso ff.
de inofficioso testam. l. 3. C. de petit. hæred.*
vel quâ rescisso testamento fit hæres ipso jure.
l. in suis 14. ff. de suis & legit. hæred. Uno
6 verbo: eâdem de causâ, quâ ipsis necessaria
non est aditio, *l. quemadmodum ff. de inoff.
testam.* necessaria quoque non est hæc bono-
rum possessio.

Non potest admitti communis sententia,
quâ statuitur, filium exhæredatum etiam post
rescissum testamentum posse abstinere, nec
7 agendo querelâ se immiscere hæreditati, *ar-
gum: text. in l. Antistius 62. ff. de acq. hæ-
redit.*

Etenim, qui testamentum accusat, hoc
ipso videtur agnovisse successionem: *l. cùm
quidam ff. de bonor. poss.* quia ideò accusat, ut
jus suum sibi servet; *d. l. cùm quidam.* & ideò
semper accusat, tamquàm hæres: quamo-
brem agnoscit successionem. *d. l. Antistius.*
Nam, qui implet conditionem, potest eam
implere etiam aliâ de causâ, vel fato: *l. 2.
ff. de condit. & demonstr.* & ideò, ut ex con-
ditionis implemento arguatur animus acqui-
8 rendæ hæreditatis, qui omninò requiritur
in adeundâ hæreditate, *l. si avia 6. C. de jur.
delib. §. ult. Inst. de hæred. qual. & differ.* ne-
cesse est, ut impleat, tamquàm hæres. *d. l.
Antistius.* At accusatio testamenti vel falsi,
vel inofficiosi naturâ suâ includit animum
acquirendi hæreditatem, non minùs, quàm
pro hærede gestio. Et sicut pro hærede gerit,
qui agnoscit, ac petit bonorum possessionem,
l. puberem 11. C. de jur. delib. ita, qui accu-
sat testamentum inofficiosum: cùm accusan-
do petat, ac vindicet hæreditatem.

9 Emancipatis autem quidam putant neces-
sariam esse hanc bonorum possessionem, ne
post expugnatum patris testamentum repu-
dient hæreditatem. Acceptâ hâc bonorum
possessione, simul ac rescissum fuerit testa-
mentum, obtinent hæreditatem: quia bono-
rum possessio, quæ pendente judicio erat si-
ne re, finito judicio statim incipit esse cum
re. At si eam non acceperint, erit in eorum
arbitrio repudiare hæreditatem. At hoc ipsis
non est permittendum.

Primùm, quia testamentum rescinditur 10
hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerit,
quia contra officium pietatis testatus est: *l. 2.
l. nam & his 3. in fin. l. Titia ff. de inoff. tes-
tam. l. patronus §. ult. ff. de legat. 2.* & ideò
non est permittendum filio notam hanc pa-
tri inurere sine causâ, si nolit hæreditatem
adire.

Prætereà, quia esset in potestate filii hæ-
reditatem deferre hæredibus ab intestato, &
adimere institutis: rescindendo enim testa-
mentum excluderet institutos: & posteà re-
pudiando admitteret hæredes ab intestato.
Hoc autem non debet esse in cujusquam ar- 11
bitrio. *§. at hi, versic. quod ideò Instit. tit. de
hæred. qual. & differ.*

Negari non potest, dici hæc admodùm
probabiliter. Verùmtamen, si nihil aliud ob-
sisteret, non intelligo, cur emancipatus agen-
do querelâ, non agnoscat successionem, ita
ut ampliùs repudiare non possit, *d. l. cùm* 12
quidam, ut modò dicebamus.

Prætereà non est novum, ut querela inof-
ficiosi non prosit ei, qui egit, sed hæredibus
ab intestato, qui admittantur exclusis insti-
tutis propter testamentum querelâ rescissum.
l. posthumus. §. si quis ex his personis ff. de in- 13
off. testam. Quod & in scriptis hæredibus ali-
quandò evenit, ut sit venale eorum benefi-
cium, & sit in eorum arbitrio aliquem vel
excludere, vel admittere ad hæreditatem *l.
filio, quem 20. in princ. ff. de bonor. poss.
contr. tab.*

Nec illud est omittendum, quod Paulus
in *l. quemadmodum 7. ff. de inoff.* videtur in-
nuere, hanc bonorum possessionem esse ne-
cessariam emancipatis, ut possint agere que- 14
relâ: adeòque ad eorum commodum videtur
inducta. Atqui esset ipsis incommoda, si
tolleret ipsis ejusmodi facultatem repudian-
di post rescissum testamentum.

Existimo igitur, hanc bonorum possessio-
nem necessariam esse emancipatis, quia sine
eâ non possent admitti ad agendum querelâ
inofficiosi. Primùm enim querela inofficiosi
est remedium civile, non prætorium, ad

quod admitti non possent emancipati, qui
jure civili nihil juris habent in bonis pater-
15 nis. §. *emancipati Instit. tit. de hæred. quæ ab
intest.* Quorsùm enim tentent rescindere pa-
tris testamentum, si ei non possunt succede-
re? *d. §. emancipati.* Cùm jure civili sint in-
cogniti, non debent ab eo admitti ad res-
cindendum testamentum: nam, etsi factum
non fuisset testamentum, numquàm succes-
suri fuissent. Considerato jure civili nullam
injuriam fecit filio emancipato patens, qui
eum exhæredavit: & ideò nulla causa est,
16 cur non debeamus ei consentire. *l. non est 4.
ff. de inoff. testam.* Nec quicquam potest alle-
gare emancipatus, cur exhæredari non de-
buerit, cùm nihil juris habeat. *l. 3. ff. eod.*
junctâ *l. 4. §. si emancipatus vers. cùm possit
ff. de bon. poss. contr. tab.*

Prætor igitur, ut ipsum reddat successio-
nis capacem, ac eum præparet ad agendum,
& ut possit allegare, cur non debuerit exhæ-
redari, & se injuriâ affectum ostendere, dat
ei hanc bonorum possessionem, quâ & jus
17 succedendi consequitur, & rescinditur eman-
cipatio, & perindè habetur, ac si esset in po-
testate. *l. sed cùm patronus 6. §. 1. ff. de bon.
poss d. §. emancipati Instit. tit. de hæredit. quæ
ab int. vers. perindè.* Est enim hæc bonorum
possessio litis ordinandæ gratiâ eadem, ac
bonorum possessio undè liberi: sed pendente
judicio est sine re; quemadmodùm ea, quæ
datur instituto sub conditione, quæ penden-
te conditione sine re est; existente conditione
incipit esse cum re. *L. 2. §. 1. l. sub conditione
5. ff. de bonor. poss. sec. tab. l. 3. §. si sub eâ
conditione ff. de bonor. poss. contr. tab.* Etenim
hæc quoque bonorum possessio pendet à con-
ditione rescissionis testamenti.

Præterea, cùm per querelam inofficiosi tes-
tamenti petatur, ac vindicetur, & evincatur
18 hæreditas, ut suprà probavimus; quo jure
emancipatus petat, ac vindicet hæreditatem,
in quâ nihil juris habet? Quo jure judex ex-
cludet institutum, eumque condemnabit ad
restituendam hæreditatem ei, qui in eâ nihil
juris habet? Querela inofficiosi testamenti est
actio contra jus civile, quod testamenta con-
firmavit. *l. verbis legis ff. de V. S.* Est autem
moribus introducta, & paulatim cœpit ad-
mitti. Valer. Maximam. *lib. 7. cap. 7.* Hæc au-
tem actio dari non poterat emancipatis, qui
nihil juris habebant in hæreditatem patris,
& ideò nullo colore poterant rescindere ejus
testamentum. Prætor igitur, ut ipsi quoque
admitterentur, & considerarentur tamquàm
sui hæredes, cœpit dare ipsis hanc bonorum
possessionem, quâ suis hæredibus pares effi-
ciebat: *d. §. emancipati*: atque ita ipsis quo-
que cœpit hæc actio communicari. Cùm igi-
tur consuetudo admiserit emancipatos solùm
post acceptam hanc bonorum possessionem,
necessaria erat emancipatis, qui non ipso jure
sunt hæredes, ut sui, sed per bonorum pos-
sessionem.

CAPUT IX.

Ad l. ei qui se 12. ff. de acquir. vel om. hæred.

SUMMARIUM.

1 *Sui hæredes sine ullo facto proprio, etiam ignorantes & inviti acquirunt hæreditatem ministerio legis. & 5. 8.*
2 *Prætor volentibus solùm indulget beneficium abstinendi. & 36. & seqq.*
3 *Pro hæredibus habentur, quoad commoda, non quoad incommoda. Sed contrà à n. 55. ad 59.*
4 *Facta non finguntur, nec præsumuntur.*
5 *Filius ergò hæres.*
6 *Qui dixit se hæredem, pro hærede gerit.*
7 *Suus, qui dicit se hæredem non esse, probare debet se abstinuisse. & 41.*
9 *Filius fit hæres eo ipso momento, quo pater moritur: & quæ sint effecta.*
10 *Retinet potiùs hæreditatem, quam acquirit.*
11 *Fit hoc vi patriæ potestatis.*
12 *Fit hæres etiam ignorans: explicatur multis exemplis.*
13 *Fit hæres etiam invitus, & hæreditati obligatur, & patrem obligat.*
14 *Fit hæres etiam sine aditione vel immixtione. & 15. 16. 17.*
18 *Creditores, qui conveniunt filium, probare tantummodò tenentur eum tempore mortis fuisse in potestate, & primum locum obtinuisse.*
19 *Hæres statim succedit in omne jus defuncti, & obligatur creditoribus hæreditariis.*
20 *Suus hæres illis obligatur etiam sine tutoris & curatoris autoritate. & 57.*
21 *Immixtio in suo idem est, ac aditio in extraneo.*
22 *Hæreditas est successio in universum jus tàm quoad commoda, quàm quoad incommoda.*

T.

IGnoratio prætoriæ jurisdictionis, ejusque
autoritatis, quam in jure civili corrigendo,
mitigandoque Prætor habebat, multos
errores invexit in jurisprudentiam: idcircò
ad ea explicanda, quæ sunt juris prætorii,
non invitus aggredior. Sui hæredes ipso ju- 1
re, solâ legis potestate, sine ullo facto proprio,
etiam ignorantes, & inviti fiunt hæredes.
§. *sui autem Instit. tit. de hæred. qual.
& differ. l. in suis ff. de suis & legit. hæred.
l. 1. §. qui sunt in potestate ff. si quis omis.
caus. testam.* Prætor tamen volentibus indul- 2
sit beneficium abstinendi, ut eos liberaret ab
oneribus non spontè susceptis. *d. §. sui autem
l. si filius* 12. *ff. de vulg. & pup. l. necessariis*
57. *ff. de acquir. vel omit. hæred. l. nam nec
emancipatus* 89. *ff. de legat.* 1. Plerique interpretes,
quorum sententia in foro recepta
est, hoc ita acceperunt, ut sui hæredes ab
oneribus liberi sint, etiam antequàm abstineant,
& beneficio Prætoris utantur; &, li- 3
cèt in iis, quæ ad eorum commodum perti-

nent , pro hæredibus habeantur , tamen
quoad alia non ſint hæredum loco, nec poſ-
ſint à creditoribus hæreditariis conveniri.
Adeòque , ſi ſuus hæres ab illis conveniatur ,
debent creditores probare eum bonis paternis
ſe immiſcuiſſe , alioquin ſuus hæres erit ab-
ſolvendus;quaſi beneficium Prætoris tollat jura
ſui hæredis , eoque fruantur etiam antequàm
ipſum amplexi fuerint. Hoc falſum eſſe vide-
runt etiam nonnulli ex Pragmaticis, præ cæ-
teris docti,& emunctæ naris interpretes.Nam,
ſi ſuus hæres ipſo jure, & ſine ullo facto pro-
prio ſtatim à morte defuncti fit hæres etiam
invitus ; & contrà , ſi beneficio abſtinendi
non gaudet , niſi de facto abſtineat ; utique
4 ipſe probare debet ſe abſtinuiſſe : facta enim
nec finguntur, nec præſumuntur , & proban-
da ſunt ab allegante. *l. in bello §. facti ff. de
capt. & poſtlim. l. adſeveratio* 10. *C. de non
numer. pecun.* Creditores, qui conveniunt
ſuum hæredem , allegant eum eſſe hæredem.
Fundatam habent intentionem ſuam in legis
diſpoſitione , quæ ipſum facit hæredem, ſive
velit , ſive nolit. *d. §. ſui autem Inſt. tit. de
hæredum qual. & differ.* Undè illud Apoſtoli
5 rectè poſſunt uſurpare : *filius , ergò hæres.* Si
ſuus hæres contrà nihil allegaverit , non po-
terit effugere condemnationem : cùm enim à
lege hæres declaretur , non poteſt non decla-
rari etiam à judice , niſi velit contra leges
judicare : adeòque non poterit non condem-
nari tamquàm hæres. *l. cùm de lege* 17. *ff. de
probat.* Quòd ſi opponat ſe non teneri , &
non poſſe condemnari propter Prætoris bene-
ficium , probare debet ſe uſum fuiſſe eo be-
neficio , & à bonis paternis abſtinuiſſe , & à
ſe removiſſe hæreditatem , quam legis miniſ-
terio conſecutus erat. Itaque aut fatetur ſe
hæredem eſſe , & tamquàm hrres erit con-
6 demnandus , quia hoc ipſo pro hærede gerit;
l. ſi filius 12. *ff. de interr. action.* aut negat
ſe hæredem eſſe , & docere debet , quomodò
jam quæſitam hæreditatem à ſe repulerit :
quod cùm efficere non potuerit niſi abſtinen-
do , utique docere debet ſe abſtinuiſſe hære-
7 ditate paternâ. Qui enim dicit ſe abſtinuiſſe,
utique id probare debet. *l.* 2. *l. quoties* §. 1.
ñ. *in exceptionibus in princ. ff. de probat.* Sed
hæc expendenda ſunt accuratiùs , & argu-
mentis nihil dubii relinquentibus demonſ-
tranda.

Ac primùm illud certiſſimum eſt , ſuum 8
hæredem ipſo jure fieri hæredem. *§. ſui au-
tem Inſt. tit. de hæred. qual. & differ. l.* 1. *§.
qui ſunt in poteſtate ff. Si quis omiſ. cauſ. teſt.
l. penult. §. longè ff. de bon. libert.* Et quidem
fit hæres ſtatim , nec ullum , nec minimum
quidem momentum intercedit inter mortem
patris , & filii acquiſitionem. *d. l.* 1. *§. qui
ſunt in poteſtate.* Cujus acquiſitionis factæ à 9
filio eo ipſo momento , quo pater moritur ,
effectus ſcitû dignos habemus in *l. ſi poſt mor-
tem* 68. *§.* 1. *in l. quæſitum* 91. *§. præſenti ff.
de legat.* 1. *l. Julianus* 86. *ff. de condit. &
dem. l. ſi optio* 13. *ff. de opt. legat.* Imò nec 10
propriè acquirit hæreditatem , ſed eam reti-
net : *l. ſi ſervum §. Prætor ff. de acquir. hæred.
l. ſed ſi non alias* 86. *ff. de leg.* 1. *l. ſi filius*
12. *ff. de vulg. & pupil.* quia non tàm ac-
quirit dominium rerum paternarum , quàm
in eo continuatum dominium , quod & vivo
patre habere exiſtimabatur. *l. in ſuis ff. de li-
ber. & poſth.* Quare dicitur ſuus hæres, quaſi
ſibi ipſi ſuccedat , non patri : *l. ſcripto* 7. *ff.
undè liberi* : quod elegantiùs à Græcis expli-
catur , qui eum vocant *αὐτοκληρονόμον* : hoc
eſt , *ſui ipſius hæredem.* Nec dicitur hæres
fieri per mortem patris, ſed exiſtere : *l. ſi quis
filius* 7. *§.* 1. *ff. de acquir. hæred.* quod pari-
ter Græci elegantiſſimè explicant verbo *ἀνα-
φαίνεσθαι*: hoc eſt , *apparere.* Apparent enim
hæredes , & quodammodò emergunt , qui
anteà non apparebant , accipientes potiùs li-
beram bonorum adminiſtrationem , quàm
percipientes hæreditatem. *d. l. in ſuis* 11. *ff.
de liber. poſth.*

Illud etiam certiſſimum eſt , hanc acquiſi- 11
tionem , ſeu continuationem fieri vi patriæ
poteſtatis : *l. conditioni* 5. *ff. de cond. & de-
monſtr.* adeò ut ad hanc acquiſitionem hoc
tantummodò requiratur , ut ſit in poteſtate ,
ſi quidem ab alio non præcedatur. Quam-
obrem nec ſcientia , nec voluntas , nec ul-
lum aliud ejus factum deſideratur , ut hæres
exiſtat.

Non requiritur ſcientia acquirentis : nam 12

etiam ignorans hæres existit. §. *sui autem Inst. tit. de hæred. qual. & differ.* Itaque & furiosus hæreditatem acquirit, *l. furiosus* 63. *ff. de acquir. hæred.* & infans statim ac nascitur: *l. Lucius* 9. *ff. de jure fisci*: qui tamen nihil scit, nihil intelligit. *l.* 1. §. *furiosum ff. de oblig. & act.* §. *furiosus &* §. *sed quod diximus Inst. tit. de inut. stip.* Et, qui ignorat patrem suum decessisse, nihilominùs ipso jure hæres ejus existit; *l. apud hostes* 8. *C. de suis, & legit. hæred. l. qui duos* 10. §. *cùm in bello ff. de reb. dub.* & qui ignorat, quo jure ei delata sit hæreditas, & ex quâ parte: *l. cùm quidam* §. *suum & l. ventre præterito ff. de acquir. hæred.* quod secùs est in extraneis. *l. qui hæreditatem* 19. *& l. hæres institutus* 32. *cum seqq. ff de acquir. hæred.* Imò, etsi putet hæreditatem ad se non pertinere, tamen eam acquirit. *l. liber homo* §. *ult. ff. de stipul. servor.* Ipsi enim hæreditas acquiritur, sicut nobis acquiritur, quicquid servus noster acquirit. *l. de hæreditate* § *filiusfamilias ff. de castrens. pecul.* Quarè, etsi filius patri hæreditatem non acquirat sine ejus jussu, *l. qui in aliena* 6. *& l. si quis mihi* 25. *per tot. ff. de acquir. hæred.* tamen hanc hæreditatem ei acquirit etiam sine ejus jussu, & scientia. *d. l. qui in aliena* §. *interdùm ff. de acquir. hæred.* In hâc enim acquisitione nulla ratio habetur scientiæ, cùm omnia fiant necessitate legis.

Eâdem de causâ non requiritur voluntas ipsius acquirentis, cùm hæc acquisitio sit necessaria: ac propterea etiam invitis acquiritur. *d.* §. *sui autem Inst. tit. de hæred. qual. & diff.* & ideò etiam infanti, & furioso acquiritur, *l. furiosus* 63. *ff. de acquir. hæred. l. Lucius* 9. *ff. de jur. fisc.* quorum nulla est vo-
13 luntas. *l. furiosi ff. de reg. jur.* Nec solùm acquirit invitus, sed invitus hæredirari obligatur; *l. lege Corneliâ ff. de testam.* sed & invitum hæreditati patrem obligat, si in eâ causâ sit hæreditas, ut patri per filium acquiratur. *l. in aliena* 6. *in princ.* juncto §. *interdùm ff. de acquir. hæred.*

Denique nullum factum aditionis aut immixtionis requiritur: *l. in suis* 14 *ff. de suis*
14 *& legit.* quæ etsi nominet aditionem, non immixtionem, tamen ratio, quam affert, convenit etiam immixtioni. Nam si ideò aditio non est necessaria, quia ipso jure hæredes existunt; eâdem de causâ non erit necessaria immixtio. Nec immixtio differt ab aditione, nisi ratione personæ, à quâ celebratur: nam, quæ in extraneis vocatur aditio, in suis dicitur immixtio. *l. cum bonis* 87. *ff. de acquir. hæred.*

Præterea constat ex iis, quæ hactenùs demonstravimus, hæreditatem à suo hærede etiam ignorante acquiri; imò & ab eo, qui 15
putat hæreditatem ad se non pertinere. Atqui ignorans non miscet se hæreditati. *d. l. cum bonis* 87. *ff. de acquir. hæred.* Multò minùs se autem miscet invitus: & tamen hic etiam acquirit.

Denique suus hæres acquirit hæreditatem, sicut acquirimus per servos nostros. *l. de hæred.* §. *filiusfam. ff. de castrens. pecul.* Sed per servos nostros sine ullo facto nobis acquiritur, imò & nobis vetantibus. *l. servus vetan-* 16
te ff. de V. O. l. numquàm 31. § *si servus ff. de usurp. & usucap. l. quemadmodum* 46. *ff. de jure dot. l. etiam invitis ff. de acquir. rer. dom.* §. *item vobis Instit. tit. per quas person. cuiq. acquir.*

Quo factum est, ut in *l.* 3. *C. de jure delib.* in extraneis quidem requiratur aditio, in suo autem nihil desideretur. Et *l.* 2. §. *si quis* 17
ex liberis ff. ad S. C. Tertull. in posthumo extraneo requirit, ut agnoverit bonorum possessionem, antequàm decesserit; in suo autem nihil aliud desiderat, quàm ut suus agnoscatur. Hoc enim solùm ei tribuit idem jus, quod extraneo petita bonorum possessio. Similis textus in *l. duos* 10. §. *cùm in bello ff. de rebus dub.* ubi certò non poterat constare de immixtione filii, cùm ignoraretur, ante nè, an post patrem decessisset; & tamen responsum fuit, eum hæreditatem patris acquisivisse, & ad hæredes transmisisse. Similis text. in *l apud hostes C. de suis & legit. hæred.* in quo filia ignorabat patrem apud hostes decessisse, adeòque non poterat se miscere bonis paternis; *l. cum bonis ff. de acquir. hæred.* & tamen sua hæres extitit, & decedens quæsitam sine ullâ immixtione hæ-

reditatem transmisit ad hæredes. Similes sunt text. in *l. de hæreditate* §. *filiusfam. ff. de castrens. pec. in l. ex militari* 11. *& seqq. ff. de milit. testam.*

His probè constitutis, quæ in controversiam adduci non possunt, illud necessariò
18 consequitur, creditores, qui conveniunt suum hæredem, hoc solùm probare debere, eum conventum esse suum hæredem: hoc est, fuisse in potestate defuncti, & primum locum in successione obtinuisse: quæ duo tribuunt jus sui hæredis. Hoc enim probato satis funda-
19 runt intentionem suam. Cùm enim non possit esse suus hæres, quin ipso jure statim defuncti hæres existat, ut demonstravimus, & hæres statim succedat in omne jus defuncti, *l. hæres in omne ff. de acquir. hæred.* & eadem cum defuncto persona censeatur, *auth. de jurejur. in præfat.* utique tenetur respondere creditoribus hæreditariis, *l. 2. C. de hæred. vel act. vend.* & onera hæreditaria subire. *l. pacto 16. C. de pact.* Nec possunt adstringi creditores ad probandum quicquam aliud præter suitatem, cùm hæc sola sufficiat ad constituendum ipsum hæredem etiam ignorantem, & invitum, eumdemque hæreditati obligandum, ut demonstravimus. An enim ab eis exigetur probatio scientiæ, aut voluntatis, aut alicujus facti; si hæc ad acquirendam hæreditatem non sunt necessaria in suo hærede? Sustulit has omnes defensiones suo hæredi legis necessitas. Imò sustulit etiam pupillaris, aut minoris ætatis, aut furoris excusationem, quæ in nullâ aliâ causâ solet
20 umquàm deficere. Nam & pupillus hæreditati obligatur sine tutoris autoritate, & furiosus. *l. more 8. ff. de acquir. hæred. l. furiosus 63. ff. eod.* Nulla igitur defensio superest suo hæredi ad excludendos creditores.

At enim interpretes nostri exigunt, à creditoribus probationem immixtionis. Quo jure id exigant, ignoro. Certè hâc ratione suum hæredem redigunt ad similitudinem hæredis extranei, cùm idem sit immixtio in
21 suo hærede, quod aditio in extraneo. *l. eum bonis ff. de acquir. hæred.* Et sicut in extraneo exigunt probationem aditionis, ita exigunt probationem immixtionis in suo hærede. Itaque nullus superest effectus suitatis. Neque potest defendi suos hæredes quoad commoda tantùm hæredes esse, antequàm se immisceant; non quoad incommoda. Quis enim umquàm audivit, hæreditatem non esse suc- 22
cessionem in universum jus contra *text. in l. hæredit. 62 ff. de reg. jur. & in l. hæres in omne ff. de acquir. hæred.* aut hæreditatem damna & incommoda non comprehendere? *l. hæreditatis ff. de V. S. l. si hæreditatem ff. mandat. l. 1. ff. de bon. poss.* Adeò ut, licèt servus etiam 23
ignoranti, & invito domino acquirat; tamen ab hâc regulâ nos recedere cogat natura hæreditatis, cui omninò repugnat eam acquiri solùm quoad commoda, non autem, quoad incommoda: quapropter hæreditas nonnisi jubenti domino per servum acquiritur. §. *item vobis versic. sed si hæres Inst. tit. per quas person. cuique acquir. l. acquiritur 10. §. 1. versic. idcoque ff. de acquir. rer. dom. l. qui in aliena 6. in princ. & l. si quis mihi 25. §. jussum ff. de acquir. hæred.* Sed hâc de re postmodùm dicemus uberiùs: modò ad rem redeamus.

Contrà veteres Jurisconsulti hanc proba- 24
tionem immixtionis numquàm exegerunt. *l. qui duos 10 §. cùm in bello ff. de reb. dub.* Pater & filius in acie simul mortui erant, putà in eodem prælio: & ignorabatur, quisnam priùs mortuus esset. Concurrebant ad hæreditatem Agnati Patris, & Mater. Agnati Patris petebant ejus hæreditatem. Mater filii defuncti allegabat, Patris hæreditatem filio tamquàm suo hæredi quæsitam fuisse, & ideò bona illa cum hæreditate filii ad se fuisse devoluta. Ad Matrem admittendam, & excludendos Agnatos duo erant necessaria: & ut Pater præmortuus esset filio, & ut filio fuisset acquisita Patris hæreditas ante mortem. Et filium quidem Patri supervixisse præsumendum esse Divus Adrianus credidit. Non poterat tamen Mater probare immixtionem filii, quæ præsumi non poterat, cùm ambo in eodem prælio cecidissent. Verùmtamen cùm ageretur de suo hærede, qui statim ipso jure etiam ignorans hæres existit, non exegit Jurisconsultus probationem immixtionis, & admisit Matrem ad hæreditatem; quæ utique exclu-

excludenda esset, si probanda esset immixtio, quæ eo casu probari non poterat; imò erat omninò improbabilis, & inverisimilis. In *l. cùm de hæreditate* §. *filiusfam. ff. de castr. pecul.* filius de castrensi peculio testamentum fecit, ignorabat Patrem in cujus erat potestate,
25 decessisse, atque ita mortuus est. Agnati Patris vindicabant hæreditatem Patris ab intestato. Heredes scripti in testamento petebant eadem bona, tamquàm filio jam quæsita, & ad se delata cum ejus hæreditate. Non poterant hi probare immixtionem filii, quia non poterat se miscuisse bonis paternis, cùm ignoraret Patrem decessisse. Nihilominùs tamen JC. eos admittit ad hæreditatem filii simul, & patris. In *l. 2. §. si quis ex li-*
26 *beris ff. ad S. C. Tertull.* missus fuit venter in possessionem, mox natus est posthumus, & decessit ante peritam bonorum possessionem. Quæsitum fuit, an Matrem exclusisset. Distinguit: si suus hæres agnoscitur, excludit: sin minùs, non excludit. Non supponitur hìc immixtio: nam si se miscuisset, utroque casu Matrem excluderet.

Sublatis hisce defensionibus superest tantummodò filio beneficium abstinendi, quo se tueri possit à creditoribus, à quibus tamquàm suus hæres convenitur. Atque hoc beneficio satis tutum esse filium existimant, quia, cùm sit à jure introductum, etiam sine ullo facto hominis operatur, & producit ef-
27 fectum. Sed hìc in tres gravissimos errores incurrunt. Primò, quia beneficium hoc abstinendi, non à lege fuit introductum, quæ ipso jure efficit, quod præcipit, sed à Prætore, qui non potuit tollere jura sui hæredis. Secundò, quia Prætor, etsi potuisset, noluit tamen tollere jura suorum hæredum, proponendo hujusmodi beneficium. Tertiò, quia non proposuit hoc beneficium absolutè, sed pollicitus est se daturum illud tantummodò volentibus eo uti. Singillatim hæc omnia explicemus, & confirmemus.

Non potuit Prætor tollere jus sui hæredis, seu, ut nostri aïunt, suitatem. Cùm enim hoc jus à legibus duodecim tabularum sit constitutum, §. *sui autem versic. necessarii Inst. tit. de hæred. qual. & differ.* non potest Prætor hoc jus tollere, cùm non possit juri derogare. *l. 1. §. 1. ff. de feriis.* Et cùm non possit Prætor hæredem facere, §. *quos autem* 28
Instit. tit. de bonor. possess. multò minùs potest efficere, ut non sit hæres ille, quem ipsa lex hæredem facit. Itaque non solùm hæres est filius, antequàm abstinuerit, sed etiam postquàm abstinuit, & usus est beneficio Prætoris, tamen hæres manet; *l. cùm quasi* 30. § 29
sed etsi suus ff. de fideicom. libert. & etiam, postquàm abstinuit, tenetur creditoribus jure civili. *l. necessariis ff. de acquir. hæred.* Atque id evenit etiam in aliis remediis. *l. ait Prætor* 7. §. *sed quòd Papinianus ff. de minor.* Imò nec ipsa lex aufert jus hæredis ei, qui 30
semel hæres extitit. Etenim lex Æ ia Sentia tunc solùm permittit servum, in fraudem creditorum hæredem institutum, liberum, & hæredem esse, cùm nemo alius ex testamento hæres esse potest. *l. si is qui solvendo* 57. *ff. de hæred. instit.* Verùmtamen, si priùs servus hæres fuerit, & posteà alius ex eo testamento hæres sit, non avocat hæreditatem à servo, nec desinit esse hæres, cùm semel extiterit, ut in exemplo proposito in *l. ei qui solvendo* 88. *ff. de hæred. instit.*

Neque hoc est sine effectu. Primùm enim, etiamsi filius abstinuerit hæreditate, tamen non corruit testamentum, in quo fuit insti- 31
tutus, sicut corruit, alio hærede instituto repudiante. *princ. tit. Instit. de hæred. quæ ab int. defer.* Quamobrem & libertates eo testamento datæ debentur, *l. cùm quasi* §. *sed etsi suus ff. de fideic. libert.* quæ non deberentur extraneo repudiante. *l. 1. C. de fideic. libert.* Et suo hærede abstinente nihilominùs sustinetur & confirmatur substitutio pupillaris, *l. Julianus & l. quæsitum ff. de acquir. hær.* quæ evanescit non aditâ hæreditate. *l. 2.* §. 1. *ff. de vulg.* Præterea licèt hæreditas, semel repudiata, ampliùs adiri non possit, *l. 4. C. de repud. hæred.* tamen suus hæres, etiam postquàm abstinuit, potest iterùm suscipere 32
hæreditatem, quia penitùs hæres esse non desiit. *l. si quis suus ff. de jure delib. l. ult. C. de repud. hæred.* Imò & pro hærede gerendo, ac miscendo se bonis, etiam postquàm abstinuit, hæres fit, nisi alio animo, alioque no-

mine, ac titulo attigerit bona hereditaria. *l. 1. & 2. C. de repud. hæred. l. pro hærede §. Papiniano ff. de acquir. hæred.*

Non potuit igitur Prætor tollere jus sui hæredis, nec efficere, ut suus hæres non esset, cùm legis necessitate suus hæres esset. Solùm potuit Prætor eum non habere hæredis
33 loco; & sanè hæredis loco non habet, postquàm se abstinuit. *l. si filius 12. ff. de interrog. action.*

Sed nec voluit Prætor tollere jus sui hæredis. Voluit quidem eos non haberi hæredis loco, quantùm attinet ad retinendam hære-
34 ditatem, & suscipienda commoda, & incommoda hæreditaria: non tamen voluit eos per omnia hæredis loco non esse. Quocircà noluit penitùs abolere jus sui hæredis, etiamsi si quis admiserit eum potuisse. Itaque & patitur liberos esse servos, qui in testamento, in quo suus hæres fuit institutus, libertatem acceperunt; & eos utique pro liberis habet: nam sine ullâ exceptione dicuntur li-
35 bertatem consequi in *l. sciendum ff. de manum. test. in l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus ff. de fideicom. libert.* Nec repellit substitutum pupillarem. *l. si filius 12. ff. de vulg.* Nec impedit transmissionem hæreditatis, quæ fit à suo hærede etiam ignorante. *l. apud hostes C. de suis & legit. hæred.* Denique ea omnia, quæ suprà à nobis exposita sunt de suo hærede, tradita fuerunt à veteribus Jurisconsultis post introductum à Prætoribus abstinendi beneficium; ex quibus constat, quòd hujusmodi beneficium non tollit jura suorum hæredum: & quòd salva manet suitas etiam post inventum beneficium abstinendi.

Demùm in hoc errant, quòd putant beneficium abstinendi operari, & enervare vires suitatis, etiam antequàm suus hæres abstineat. Neque enim hoc Prætori propositum fuit, eximere liberos ab hæreditate, etiam antequàm abstinerent. Fingamus igitur Prætorem habuisse supremam potestatem omninò
36 parem legi, & potuisse convellere funditùs, & penitùs abolere jura suorum hæredum: tamen cùm hoc non fecerit, sed solùm proposuerit hoc beneficium abstinere volentibus; non potest hujusmodi beneficium quicquam operari, & vires suas exerere antequàm suus hæres abstinuerit: hoc est, voluerit hoc beneficio uti. Exemplo rem planiùs explicabo. Lex, quæ supremam habet potestatem, potest aliquem etiam invitum hæredem facere, ipso jure, & sine ullo ipsius facto. Et quidem hâc potestate utitur in servis, & in suis hæredibus, quos facit hæredes necessarios, & in eos transfert hæreditatem etiam ignorantes, & invitos. §. 1. & 2. *Instit. tit. de hæred. qual. & differ.* Contrà verò in extraneis hâc potestate non utitur, sed ipsos volentes ad hæreditatem admittit, & dat ipsis jus deliberandi, & facultatem adeundi, vel repudiandi hæreditatem. §. *extraneis Inst. tit. eod.* Hi autem non acquirunt hæreditatem ipso jure, & sine facto proprio, sed necessè est ut eam adeant: §. *item extraneis Inst. eod.* hoc est, necessè est ut utantur facultate adeundi, quam ipsis lex concessit: nec antè consequuntur aliquod jus, quàm hæreditatem adierint. *l. si jussu 44. in fin. ff. de furt.*

Eâdem ratione Prætor non dedit beneficium abstinendi invitis; non eos ipso jure liberavit; non sustulit jura suorum hæredum: sed dedit hoc beneficium volentibus: hoc est, dedit facultatem abstinendi ab hæreditate ipso jure quæsitâ, si voluerint ab eâ abstinere. Itaque sicut hæres extraneus non gaudet 37
commodo hæreditatis antequàm adeat: ita nec suus hæres gaudet commodo hujus beneficii, antequàm eo utatur: hoc est, antequàm abstineat. Itaque rectè Ulpianus in *l. 1. §. qui sunt in potestate ff. si quis omis. caus. testam.* dixit: *Qui sunt in potestate, statim hæredes sunt ex testamento, nec, quod abstinere possint, quicquam facit.* Nimirùm facultas abstinendi non impedit quòminùs sint hæredes antequàm abstineant; & quidem sint hæredes pleno jure: nam hæredes sine re manent etiam postquàm abstinuerunt. *l. cùm* 38
quasi 30. §. sed etsi suus ff. de fideicom. libert. Beneficium enim abstinendi nihil operatur, nisi volente suo hærede. Antequàm is declaraverit suam voluntatem, perindè est, ac si hoc beneficium numquàm fuisset introductum. Neque enim Prætor dedit suis hæredibus facultatem repudiandi hæreditatem; sed

beneficium abstinendi. Beneficii nomen indicat, id non concedi nisi volentibus. *l. in-*
38 *vito ff. de reg. jur.* Abstinendi verbum demonstrat, id non concedi nisi quæsitâ jam hæreditate. Abstinere enim dicimur ab hæreditate jam acquisitâ; *l. 1. §. si quis adita ff ad SC. Tertull. l. jam dubitari 86. §. ult. ff. de hered instit. l. cum hæreditate 55. & l. pen. ff. de acquir. vel om. hæred.* repudiare autem hæreditatem jam delatam, sed nondum quæsitam. *l. 1. §. decretalis ff. de succes. edict.*

Et sanè, quòd Prætor solùm volentibus hoc beneficium largiatur, tradidit Imperator noster in §. *sui autem Instit. tit de hered. qual. & differ.* ibi *sed his Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate.* Non præcipit, ut abstineant: non liberat eos ipso jure ab oneribus hæreditariis: sed ipsis *permittit*, ut abstineant, & quidem permittit
39 solùm *volentibus*. Itaque antequam velint, nullum effectum habere potest hæc Prætoris permissio. Qui permittit alicui ut faciat, nihil ei tribuit antequàm fecerit. Tradiderat & ante ipsum Cajus in *l. necessariis ff. de acquir. vel omit. hæred.* ibi *abstinendi se ab hæreditate Proconsul potestatem facit, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure Civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si*
40 *velint derelinquere hæreditatem.* Derelinquunt igitur hæreditatem, cùm se abstinent, atque id faciunt solummodo si velint. Si derelinquunt, ergo antequam eam derelinquerent, obtinebant. Et si non datur in eos actio, cùm dereliquerunt hæreditatem, antequam derelinquant, in eos à Prætore actio datur, & quidem efficax: nam & jure Civili tenentur, ut ait Cajus; & tenentur etiam jure Prætorio, quo in eos actionem dat, & pro hæredibus habet, antequàm voluerint derelinquere hæreditatem: neque enim Prætor invitos removet ab hæreditate. *l. si Filius 12. ff. de vulg.* Antequàm igitur voluerint derelinquere hæreditatem, non removet eos ab hæreditate: itaque pro hæredibus eos habet: & cùm polliceatur se denegaturum actionem, cum voluerint eam derelinquere, utique non denegat actiones antequàm velint hæreditatem derelinquere. Tenentur igitur creditoribus tam jure Civili, quàm jure Prætorio, antequàm se abstineant: neque enim hoc casu prodita est à Prætore ulla exceptio, quâ se tueri possint, antequam beneficio Prætoris utantur.

His illud etiam consequens est, quod sui hæredes cogi debent ad probandam abstentionem. Etenim cùm à Prætore eorum vo- 41
luntas exigatur, hanc voluntatem ipsi probare debent. Sicut enim aditio, licèt nuda voluntate fiat, §. *ult. Inst. tit. de hered. qual. & differ. l. si avia C. de jure deliber.* probanda est ab eo, qui allegaverit quempiam hæredem esse, ut communiter fatentur omnes, quia facta probanda sunt ab allegante, ut initio diximus: ita licèt abstentio fieri possit nudâ voluntate, tamen probanda erit à suo hærede, qui eam allegat, & per abstentionem contendit se esse liberatum à creditoribus, quibus jure Civili tenetur. *d. l. necessariis ff. de acquir. vel om. hæred.* Nam 42
&, qui dicit, probare debet, *l. 2. ff. de probat.* & hæc probatio ab eo exigitur etiam cùm agitur de probanda voluntate. *l. 3. & l. cum qui ff. eod.*

Confirmatur quia abstentio requirit factum amovendi, ac repellendi, seu derelinquendi hæreditatem. Cum enim hæreditas sit jam acquisita suo hæredi, non potest ab eo amitti sine aliquo facto, quo à se abigat hæreditatem. *l. id quod nostrum 11. ff. de reg. jur.* Quocirca qui dicit se nolle retinere hæreditatem, non tamen idcirco abstinet hæreditate, eamque amittit. Sed ne- 43
cesse est ut re vera abstineat, & derelinquat hæreditatem: adeoque, & qui dixit se nolle retinere hæreditatem, tamen potest postea abstinere; & si quid posteà amoverit, amittit beneficium abstinendi. *l. si servum §. Prætor ff. de acquir. hæred.* Aliud enim est dicere se nolle retinere hæreditatem, aliud est re vera hæreditatem derelinquere. Cùm igitur hujusmodi factum derelinquendi hæreditatem sit necessarium, non potest dubitari suum hæredem, qui hoc facto se tuetur, ipsum probare debere. Suus hæres est

in possessione suitatis, ex quâ necessariò promanat hic effectus, ut sit hæres, qui effectus est necessariò conjunctus cum suitate. Quapropter si dicit se non esse hæredem, nec teneri creditoribus hæreditariis, ipse probare debet. Argumento text. *in l. circa ff. de probat.*

Item comprobatur, quia continuatio illa dominii in suis hæredibus, de quâ *in l. in suis ff. de liber. & post.* tolli non potest, & ab ipsis avelli, nisi aliquo facto, & certâ
44 aliquâ declaratione. Quarè pater, licèt haberet in liberos jus vitæ, & necis; *d. l. in suis.* licèt haberet à lege XII. tab. plenissimam facultatem disponendi de rebus suis; *l. verbis legis ff. de V. S.* tamen si filium prætereat in testamento, non valet testamentum. *l. si filius 7. l. Gallus §. in omnibus*
45 *l. inter cætera 30. ff. de lib. & post.* Non aliâ ratione, nisi quia priusquàm dominium transferat in alium, debet illud à filio avocare; & filium expresè exhæredare, ut possit alium instituere. *l. 1. 2. & 3. ff. de lib. & post.* Filius igitur non potest hujusmodi dominium amittere, nisi facto aliquo ab eo adimatur, & avellatur undè efficitur, ut hoc dominium non amittat ex solâ potestate abstinendi: sed necessarium sit factum ipsum abstinendi. Hoc autem factum utique probandum est ab ipso, qui in eo fundat defensionem suam.

Denique duo sunt actus contrarii, qui fieri possunt à suo hærede: immixtio, & abstentio. Utraque desiderat voluntatem sui
46 hæredis. Non se immiscet suus hæres, nisi habeat animum se immiscendi. *l. cum bonis ff. de acquir. hæred.* Non se abstinet suus hæres sine voluntate se abstinendi, cùm beneficium abstinendi solùm volentibus detur. *§. sui autem Instit. tit. de hæred. qual. & differ.* Cùm suus hæres convenitur à creditoribus hæreditariis, quæritur an probanda sit immixtio, vel abstentio. Absurdum autem est exigere probationem immixtionis ab iis, pro quibus militat ratio suitatis, quæ ipso jure hæredem facit: non autem exigere probationem abstentionis ab eo, contra quem militat eadem ratio suitatis, & qui semper hæres erit, nisi ab hæreditate abstinuerit. Utriusque actus par est conditio. Uterque enim agentis voluntate perficitur. Uterque desiderat probationem: cùm enim in facto consistat, non præsumitur; sed immixtio non allegatur à creditoribus, qui habent intentionem fundatam in suitate, & ideò ab ipsis probanda non est. Contrà abstentio allegatur à suo hærede, qui convenitur, & se tuetur adversùs necessitatem suitatis: & ideò ab eo probanda est.

His expositis progrediamur ad ea expendenda, quæ statuunt Bartolus, & Pragmatici in hac controversia. Eorum est illa distinctio. Aut agitur de commodo, & utili- 47
tate sui hæredis: & tunc habet effectum suitas, & nihil operatur beneficium abstinendi, antequàm re verâ suus abstineat. Aut agitur de incommodo, & damno sui hæredis: & tunc beneficium abstinendi infirmat jus sui hæredis, & enervat vires suitatis, etiam antequàm suus hæres re verâ abstineat, & declaret suam voluntatem. Aut denique agitur de re, quæ ad suum hæredem non pertinet, sed continet commodum, aut incommodum tertii: & tunc pariter nihil operatur existentia sui hæredis; per text. *in l. 1. §. ult. ff. ut in possess. legat. & in l. etsi 6. §. si filius ff. de bon. libert.* Hujus distinctionis prima pars verissima est: reliquas duas perpendamus: & à postremâ ordiamur.

Quòd existentia sui hæredis vires suas exerat, & effectum habeat etiam quoad tertium, satis constat ex *l. si post mortem 68. §. sed si servo ff. de legat. 1.* Ubi quidam 48
servo legavit post mortem domini. Dominus moriens eum servum testamento manumisit. Disputat ibi Cajus, cui acquiratur legatum; utrum servo manumisso, an per servum hæreditati. Distinguit autem inter hæredem extraneum, & suum. Si testator instituit hæredem extraneum, acquiritur legatum per servum hæreditati, & hæreditati acquisitum posteà pertinet ad hæredem adeuntem hæreditatem. Quòd si institutus sit suus hæres, quia eodem tempore cedit dies legati, & suus existit hæres, tunc legatum ipsi servo

manumisso acquiritur. Nam suus hæres statim hæres existit à morte testatoris, & ideò, cùm statim fiat liber servus, sibi acquirit legatum, quod eodem tempore, ac momento cedit, quo libertatem consequitur, & capax est acquisitionis. En igitur, quòd suitas, & existentia sui hæredis vergit in commodum, & utilitatem servi, cui legatum acquiritur.

Rursus in *l. cum hæreditate* 51. *ff. de acq. vel omit. hæred.* statutus erat cohæres suo hæ-
49 redi. Cohæres antequàm filius abstineret, adivit hæreditatem pro suâ portione. Posteà suus hæres abstinuit. Si esset extraneus, & repudiasset hæreditatem, pars ejus coheredi etiam invito accresceret. *l. un. §. his ita C. de caduc. toll. l. qui ex duobus §. 1. ff. de acquir. hæred. l. si ex pluribus ff. de suis, & legit. hæred.* Sed quia suus hæres abstinuit, qui antequàm abstineret jam hæres erat, excusatur cohæres, qui portionem suam adivit, cùm scilicet alteram portionem suo hæredi quæsitam: nec cogitur eam portionem suscipere. *d. l. cum hæreditate.* Ne tamen destruatur illa regula, quâ traditum est neminem posse partem hæreditatis suscipere, partem repudiare; sed aut totam agnoscere debere, aut à totâ recedere; *l. 1. & 2. ff. de acquir. hæred. l. quidam in fin. C. de jur. delib. l. sed si plures §. filio ff. de vulgar.* constitutum fuit in ejus arbitrio, utrum portionem vacantem accipere velit, an omittere portionem, quam accepit. Imò si creditores dicant se contentos parte vacante, poterit portionem suam retinere, & omittere portionem vacantem, quæ inter creditores distribuetur. Constat igitur suum hæredem, adeò antequàm abstineat, hæredem existere; ut nihil objici possit cohæredi, qui reliquam portionem adivit, cur putaverit divisam jam esse hæreditatem, nec cogitaverit eam vacare posse per beneficium abstinendi. Quod pariter constitutum est in extraneo minore, qui adivit hæreditatem:
50 licèt enim per restitutionem in integrum possit eam omittere; tamen quia ante restitutionem verè hæres erat, non cogitur cohæres portionem ejus vacantem beneficio restitutionis suscipere. *l. si minor ff. de acquir. hæred.* Non minùs igitur hæres existit suus hæres, antequam se abstineat; quàm minor, qui adivit hæreditatem, antequàm restituatur. Atque hoc prodest coheredi, qui non cogitur invitus suscipere partem vacantem.

Alterum exemplum, in quo suitas, & existentia sui hæredis parit effectum quoad tertium, peti potest ex *l. qui in alienâ* 6. *§. interdum ff. de acquir. vel omit. hæred.* Hæ- 51
reditas delata filio, & servo non acquiritur patri, & domino, nisi eorum jussu adeatur, ne æri alieno inviti obligentur. *d. l. qui in alienâ in princ. l. si quis mihi* 25. *§. jussum ff. de acquir. hæred. § item vobis Instit. tit. per quas person. cuiq. acquir. l. acquiruntur* 10. *§. igitur ff. de acquir. rer. dom.* Si tamen delata sit hæreditas suo hæredi, statim eam acquirit patri, non solùm sine jussu ejus, sed etiam ignoranti, & invito. *d. l. qui in alienâ §. interdum.*

Denique suus hæres, etsi decesserit, antequàm se misceret bonis paternis, aut abstineret; imò etsi decesserit, antequàm sciret patrem defunctum fuisse, tamen trans- 52
mittit hæreditatem ad hæredes ex testamento, vel ab intestato: *l. de hæreditate §. filiusfam. ff. de castr. pecul. l. ex militari* 11. *& l. seq. de milit. testam. l. qui duos §. cùm in bello ff. de reb. dub. l. Lucius* 9. *ff. de jure fisc. l. 2. §. si quis ex liberis ff. ad S. C. Tertull. l. apud hostes C. de suis, & legit. hæred* cùm contrà hæres extraneus hæreditatem non aditam non transmittat. *l. quoniam sororem l. si infanti §. sin vero C. de jur. delib. l. un. § in novissimo C. de caduc. tollen.* Suitas igitur hunc operatur effectum quoad heredes, ut ad eos transmittatur hæreditas, etiamsi suus hæres mortuus sit, antequàm hæreditati se immisceret.

Et quamvis Bartolus, & alii putent, hunc ex suitate proficisci, quia respicit favorem, & commodum sui hæredis transmitentis, tamen eos satis doctè reprehendit doctissimus Antonius Faber *de error. Pragm. decad.* 31. 53
error. 9. quia pertinet ad commodum sui hæredis solùm transmissio hæreditatis opu-

lentæ, & lucrosæ, non hæreditatis damnosæ: & tamen quælibet hæreditas etiam damnosa transmittitur. Incertum est igitur commodum sui hæredis: at certus est, & indubitatus effectus suitatis quod ad hæredes, ad quos hæreditas transmittitur.

Ex his constat, quòd existentia sui hæredis operatur, & suos effectus producit etiam quoad tertios. Nec contrarium traditum est in legibus, quæ à Bartolo contrà afferuntur. Nam *in l. 1. §. ult. ff. ut in possess. legat. & in l. etsi 6. §. si filius ff. de bon. liber.* agitur de hæreditate, à quâ filii abs-
54 tinuerunt. Postquàm suus hæres abstinuit, Prætor plerosque effectus suitatis impedit, quia etsi maneat hæres jure Civili, tamen à Prætore hæredis loco non habetur. *l. si filius ff. de interrog. action.*

Altera quoque pars distinctionis falsa est. Nam quòd existentia sui hæredis vires, & effectum habeat etiam quando agitur de incommodo, damnoque sui hæredis, probatur evidenter ex *l. si post mortem* §. 1. *ff. de*
55 *legat.* 1. quam suprà exposuimus. Ibi enim legatum, quod acquireretur hæredi, si hæres esset extraneus, acquiritur ipsi servo, quando institutus est suus hæres. Nocet igitur ipsi suitas, cùm amittat legatum, quod esset acquisiturus.

Præterea suus hæres acquirit hæreditatem, etiamsi furiosus sit: *l. furiosus 63. ff. de*
56 *acquir. hared.* & pupillus acquirit sine tutoris autoritate, & non solùm acquirit, sed hæreditati obligatur, *l. more* 8. *ff. de acquir. hared.* Imò etsi fuerit institutus sub conditione potestativâ, potest sine tutoris autoritate conditionem implere licèt, impletâ conditione fiat hæres necessarius, quia fit hæres jure potestatis, non impletæ conditionis. *l. conditioni 5. ff. de cond. & demonstr.* hæc autem vergunt in damnum, & incommodum pupilli, & furiosi. Nam quòd pupillus hæreditatem adire non possit sine tutoris autoritate, in ejus favorem, & commodum constitutum est: tum ne creditoribus hæreditariis obligetur; tum ne suscipiat damnosam hæreditatem; tum ne vexationibus, insidiis, negotiorum multitudini, offensis, invidiæ fiat obnoxius. *l. quia poterat 4. in fi. ff. ad S. C. Trebell. d. l. more* 8. *ff. de acquir. hared. l. si hereditatem 22. ff. mand. l. obligari 9. §. hereditatem ff. de autor. tut. §. neque tamen Instit. tit. eod.* Nam si acquirere hæreditatem non esset periculosum, damnosumque pupillo, posset etiam extranei hæreditatem adire sine tutoris autoritate. *princ. tit. Instit. de aut. tut. §. nunc admonendi Inst. tit. quibus alienar. lic. vel non §. pupillus Inst. tit. de inut. stipul. d. l. obligari 9. ff. de aut. tut. l. contrà 28. ff. de pact. l. pupillus 11. ff. de acquir. rer. dom.* Quod & in furioso, & prodigo constitutum est. *l. is cui bonis. de verb. oblig.* Et confirmatur, quia per servos nostros melior conditio nostra fieri potest, non deterior; *l. melior ff. de R. J.* & ideò servi nostri nobis etiam 57
ignorantibus, & invitis acquirunt; *l. servus vetante ff. de V. O. l. acquiruntur 10. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. §. item vobis Inst. tit. per quas person. cuique acq.* hæreditatem tamen nobis non acquirunt ignorantibus, & invitis, ut suprà diximus: igitur per acquisitionem hæreditatis non fit melior conditio nostra. Et utcumque sit de universitate hæreditatis, certè quòd quis æri alieno obligetur, quod evenit per hæreditatem, id non respicit ejus favorem, nec ejus conditionem meliorem facit. *l. qui in alienâ in princ. ff. de acquir. hared.* Et cùm periculosa sit acquisitio hæreditatis, maximè expedit pupillo hac in re consilium & autoritas tutoris. Hoc autem contrà utilitatem pupilli suitas operatur, ut hæreditati obligetur etiam sine tutoris autoritate, *l. more ff. de acquir. hared.* & obligetur etiam invitus. *l. lege Corneliâ ff. de testam.*

Tertiò, quòd aliquem competant creditoribus hæreditariis actiones, id vergit in ejus incommodum: sed in suum hæredem competunt actiones etiam ante immixtionem, hoc est solâ potestate suitatis. *l. ita tamen 27. §. si pater filium ff. ad S. C. Trebell.* 58
ibi: *quarè etsi non immiscuerit se hereditati, nihilominùs actiones, quæ ei & in eum competebant, ad Sempronium transferuntur.*

Confirmatur ex *l. 2. ff. de condict. fur-* 59

tiv. ibi : *condictioni ex cauſa furtivâ , & furioſi , & infantes obligantur , cùm heredes neceſſarii extiterunt.*

Huic certæ , ſtabilique ſententiæ quæ opponuntur , accuratè perpendamus. Primùm opponunt text. in *l. pecuniam* 36. *ff. de reb. cred.* ubi , ſi pecuniam, quam mihi purè debes, juſſu meo promittas Titio ſub conditione; pendente conditione fruſtra tecum ago: quia, cùm incertum ſit , an conditio adjecta ſtipulationi Titii ſit extitura, incertum quoque eſt, an à te poſſit exigere pecuniam. Exiſtente enim conditione adjectâ promiſſioni Titii , à
60 Titio eſt exigenda pecunia , non à te. Interim igitur , ſi petam , ante tempus peto. Eâdem ratione , quia poteſt ſuus hæres abſtinere : quamdiu hoc incertum eſt , conveniri utiliter non poteſt , quia , ſi abſtinuerit , adversùs eum Prætor actionem daturus non eſt.

Sed hoc argumentum nimis probat. Nam & pupillus , qui ſe immiſcuit paternæ hæreditati , non poſſet etiam poſt immixtionem conveniri à creditoribus hæreditaris , quia etiam poſt immixtionem habet beneficium abſtinendi. *l. neceſſariis ff. de acquir. hared.*
61 Et minor non poſſet pariter conveniri , etiam poſtquam ſe immiſcuit , quia per reſtitutionem in integrum ipſe quoque poteſt uti beneficio abſtinendi , & derelinquere hæreditatem. *d. l. neceſſariis §. ſed tamen.* Imò quod magis eſt , etiam poſtquàm ſuus hæres ſe abſtinuit , creditores non poſſent exercere ſuas actiones : quia ſuus hæres , qui abſtinuit , poteſt , ſi major ſit , intra triennium repetere hæreditatem , quam dereli-
62 quit : ſi minor , retinet hanc facultatem repetendi hæreditatem , ſeque immiſcendi bonis paternis uſque ad annum tricesimum ſecundum exactum. *l. ſi quis ſe vi ff. de jure delib. l. ult. C. de repud. hared.* Toto igitur hoc tempore non poſſent creditores ſuas actiones exercere , quia incertum eſt , an ſuus hæres ſit habiturus hæreditatem. Quæ omnia oppidò ſunt abſurda.

Fallax igitur eſt argumentum : neque enim exemplum deductum ex *l. pecuniam ff. de reb. cred.* ſimile eſt rei , de quâ agimus. Qui pecuniam , quam mihi purè debet , 63
juſſu meo promittit alteri ſub conditione , mihi manet obligatus ſub contrariâ conditione , ut notatur in *d. l. pecuniam.* Quod enim ſub conditione adimitur , ſub contrariâ conditione datum videtur. *l. aliquando in fin. ff. de condit. & demonſtr. l. quod purè* 6. *in princ. ff. quando dies leg. ced. l. ſi quis ita* 13. *in fin ff. de ſtatu lib. l. ſi poſt mortem* 68. *§ ſi purè ff. de legat.* 1. Atque hæc contraria conditio , quæ tacitè adjicitur per ademptionem conditionalem , habet vim veræ conditionis , & ſuſpendit actum in incertum eventum , & impedit legati transmiſſionem. *d. l. ſi poſt mortem §. ſi purè ff. de leg.* 1. *d. l. quod purè in princ.* juncto. §. 1. *ff. qu. dies leg. ced.* Quod multò magis obtinet in contractibus , in quibus conditio retrotrahitur ad tempus celebrati contractûs. *l. neceſſariò* 64
8. *in princ. ff. de peric. & com. rei vend. l. ſub conditione* 16. *ff de ſolut.* Cujus rei effectus ſcitu digniſſimos habemus in *l. ſi filiusfam.* 78. *ff. de V. O. l. quæ legata* 18. *in fin. ff. de reg. jur. l. ult. ff. de ſtip. ſervor. l. potior.* 11. §. 1. *ff. qui potior. in pign. hab.* Nam in ſtipulationibus id tempus ſpectatur , quo contrahimus. *l. non omne* 144. §. 1. *ff. de reg. jur.* Quod non evenit in legatis , in quibus ſpectatur tempus evenientis conditionis , nec ea retrotrahitur *l.* 3. §. *ult. l. ſi uſusfructus* 14. §. *ult. ff. qu. dies leg. ced. l. ſi legati* 28. *ff. de pignor.*

Hinc conſtat , cur agi non poſſit contrà primum promiſſorem , licèt purè obligatum, quando ejus obligatio novata eſt ſub conditione : quia , licet initio purè promiſerit , 65
tamen per novationem conditionalem injecta eſt ejus promiſſioni contraria conditio , & perindè habetur , ac ſi ſub conditione promiſiſſet. Et , ſi exiſtat conditio novationis , ejus obligatio videtur perempta jam tum ab initio tempore celebratæ novationis *l. ſub conditione* 16 *ff. de ſolut.* ibi : *ſub conditione debitori ſi acceptum feratur , poſtea conditione exiſtente intelligitur jam olim liberatus.* Quapropter permittendum non eſt , ut conveniatur eo tempore , quo eum debitorem non fuiſſe apparebit exiſtente conditione.

Nihil simile est in beneficio abstinendi. Nam beneficium abstinendi non efficit, ut suus heres existat heres sub conditione, si
66 non abstinuerit. Ut enim probavimus, antequàm abstineat, ipso jure est hæres, & jam acquisivit hæreditatem. Nec acquisitio hæreditatis recipit conditionem. *l. eum qui 51. in fin. ff. de acquir. hæred.* Et adeo verum est, beneficium abstinendi non efficere, ut ab initio hæres non sit; ut etiam, postquam se abstinuit, maneat hæres jure Civil. *l. cum quasi §. sed etsi suus ff. de fideic. libert.* Beneficium abstinendi prodest volentibus. *§. sui verf. sed his Inst. tit. de hæred. qual. & differ.* Antequàm velint, nihil eis prodest. in *l. pecuniam ff. de reb. cred.* Novatio facta fuerat voluntate debitoris: itaque constabat, eum voluisse liberari ab obligatione existente conditione. Si eodem modo constaret & de voluntate sui hæredis abstinere volentis, utique & ipsi prodesset contrà creditores hoc beneficium: sed si non constat de hac voluntate, ipse eam probare debet: præsertim quia, & dum convenitur, abstinere potest atque ita eludere creditores, à quibus convenitur. Tunc enim creditoribus incumbet onus probandi immixtionem, per quam amiserit beneficium abstinendi.

Neque ad rem facit, quòd spes sit futurum, ut abstineat. Neque enim spes hæc ipsum liberat, sed abstentio: nec spes prodesse potest ei, in cujus est potestate actus, per quem consequi potest emolumentum,
67 quod per spem consequi desiderat. Atqui ut spes solutionis non liberat debitorem, sed ipsa solutio; nec eo minùs conveniri potest à creditoribus, quòd speretur eum soluturum: sic non spes abstinendi liberat suum hæredem, sed abstentio; nec eò minùs conveniri poterit à creditoribus, quòd speretur futurum ut abstineat. Undè nemo non videt, quàm dispar sit ratio novationis initæ sub conditione: quia hìc spes novandæ obligationis non est vana, & pendens à solâ potestate faciendi aliquid, quod factum non est, qualis est spes abstinendi: sed est spes innixa jam contractæ stipulationi, & novationi, quæ amplius retractari non potest, & eveniente conditione necessariò liberat debitorem. Stipulatio vires capit ab initio, *l. usufructus 26. ff. de stipul. servor.* & in eâ spectatur initium. *l. non omne §. 1. ff. de reg. jur.* Quapropter stipulatio 68
jam contracta præstat firmum, ac stabile fundamentum spei, quam habet debitor de liberatione. Cæterùm si novata non esset obligatio, seu interposita novandæ obligationis causâ stipulatio, nihil debitori prodesset, quod novare posset, aut solvere; & spes in hac potestate fundata, inanis prorsùs esset, & inutilis. Eâdemque ratione inanis est & inutilis spes fundata in potestate abstinendi.

Nec obstat, quòd istud beneficium abstinendi, & ejus exceptio, insit à principio cuilibet hæreditati, quæ filio defertur, & ideò possit dici pars substantialis ipsius actûs, & suppleri à Judice etiam parte non opponente; argumento text. in *l. 1. §. 1. versic. nam dies ff. de edend.* ut subtiliter animadvertit Gomez. *variar. tom. 1. cap. 9. num. 25.*

Enimverò fateor ingenii mei tarditatem: non intelligo, quid supplere possit Judex, neque perspicio, quid probet hujusmodi argumentum. An Judex supplebit suum hæredem habere beneficium abstinendi? At 69
hoc non liberat suum hæredem, qui jam non obstante hoc beneficio hæres extitit ipso jure, ut probavimus. An suppleat Judex suum hæredem abstinuisse? At supponimus, ipsum verè non abstinuisse. Uno verbo hoc argumentum supponit id, quod quæritur, & verum esse id, de quo disputatur: nam si solum beneficium, & potestas abstinendi liberat, & tuetur suum hæredem à creditoribus; si non est necessarius ipsi actus abstinendi, verissima sunt omnia, quæ in argumento assumuntur, & concluduntur. Sed hoc ipsum est, de quo disputamus. Enimverò cùm beneficium abstinendi non operetur nisi volente suo hærede, antequàm velit, non potest parere exceptionem: quia antequàm velit abstinere, non vult liberari a à creditoribus. Undè igitur nascatur hæc ex-

exceptio? Postquàm autem voluit abstine-
re, ne tunc quidem verè parit exceptio-
nem: sed à Prætore non dantur actiones
70 adversùs suum hæredem, qui abstinuit. *l.
necessariis ff. de acquir. vel om. hared.* Itaque
hæc exceptio est merum commentum nostro-
rum Interpretum. Quo jure igitur à judice
suppleatur? Nec illud intelligo, cujus ac-
tûs dici possit pars substantialis hæc excep-
tio, cum in suo hærede nullus actus requira-
tur, ut hæres existat, sed sit hæres ipso ju-
re, ut luculenter initio demonstravimus.

Sed rursus opponunt, quod hoc benefi-
cium abstinendi, cùm sit à jure inductum,
non requiritur, ut exprimatur, vel opponatur
ab homine; sed semper operatur effectum
71 suum, nisi constet de immixtione. Confir-
mant autem hoc per text. in *l. ei qui se in
princ. ff. de acquir. vel om. hared.*

Ad hoc satis suprà respondimus, ubi de-
monstravimus, quantùm hâc in re differat
potestas legis à potestate, & autoritate Præ-
toris. Lex enim ipso jure, & sine ullo facto
atque operâ hominis efficit, quod vult.
Prætor autem numquam ipso jure operatur,
præsertim quando aliquid molitur contra
jus Civile, quod potest mollire, ac mitiga-
re, non evertere. *l. 1. §. 1. ff. de feriis.*
72 Adeòque numquam apertè legem oppugnat,
sed per cuniculos; & non directò obviam
it legibus, sed per anfractus propositis
quibusdam remediis, quibus subvenit mi-
seris, & rigore juris oppressis. Sed hoc fie-
ri non potest sine aliquo facto hominis,
quod percurrenti totum jus Prætorium cla-
rè apparebit. Imò, & cùm non agitur de
emendando, & oppugnando jure Civili,
tamen jus Prætorium ipso jute non opera-
tur. Quamobrem licèt stipulatio contrariâ
stipulatione tollatur ipso jure, quia stipu-
latio juris Civilis autoritate nititur, tamen
73 pactum contrario pacto ipso jure non tolli-
tur; sed necesse est, ut elidatur replicatio-
ne *l. si unus 27. §. pactus ff. de pact.* quia
pacta nituntur Prætoris autoritate. *l. 1. l.
juris Gentium 7. §. ait Prætor ff. de pact.* Ac
proptereà, licèt secundo pacto actum sit,
ut res ad terminos, & præcepta juris Ci-
vilis redigatur, tamen ipso jure non tollit
prius pactum. Hoc enim proprium est solius
legis, operari ipso jure. Prætor autem tan-
tâ autoritate non pollet.

Ad textum autem in *l. ei qui se bonis ff. de
acquir. vel omit. hæred.* facilis est, & promp-
ta responsio. In eâ lege non quæritur, an 74
videatur se abstinuisse, qui se non miscuit,
sed solùm, an qui vult abstinere, debeat
Prætorem adire. Et ab eo impetrare benefi-
cium abstinendi, sicut impetratur restitutio
in integrum, sicut petitur bonorum posses-
sio: & statuitur, necessarium non esse Præ-
torem adire, sed solâ destinatione, & vo-
luntate abstinendi frui posse suos hæredes
hoc beneficio. Ut enim suprà diximus, eâ-
dem ratione, eodemque modo potest quis
abstinere ab hæreditate, quo potest hæres
extraneus adire hæreditatem. De hoc agi
constat in eâ lege, quia Jurisconsultus pro-
bat hanc sententiam rescripto quodam, quo
continebatur, non esse necessariam restitu-
tionem pupillis adversùs contractum avitum,
si eorum pater constituerat non agnoscere
paternam hæreditatem, & neque quicquam
amovit, neque pro hærede gessit. Et meri-
to: quia si constituit non agnoscere pater-
nam hæreditatem, & declaravit se abstine-
re; hoc ipso abstinuit; nec possunt ejus fi-
lii conveniri, sicut nec ipse conveniri po-
tuisset. *l. necessariis ff. de acquir. vel omit.
hæred.* Vel solùm constituit non agnoscere
hæreditatem, sed tamen re verâ non absti-
nuit, ut in *l. si servum §. Prætor ff. de acquir.
hæred.* & hoc casu si neque pro hærede ges- 75
sit, neque quicquam amovit ex hæreditate;
quibus modis amittitur beneficium absti-
nendi; *d. l. si servum §. ait Prætor l. neces-
sariis ff. eod.* poterunt ejus filii abstinere,
sicut ipse vivens abstinere potuisset; *l. si
quis 7. §. si filius ff. eod.* ac proptereà non
indigebunt restitutione, quæ non datur illis,
qui jure muniti sunt. *l. in causâ 16. ff. de
minor.* Sensus igitur ejus legis hic est. Ei, 76
qui se non miscuit hæreditati, sive major,
sive minor sit, semper liberum est se absti-
nere. Nec cogitur Prætorem adire; neque
ut ab eo restituatur in integrum: quia ei,

qui se non miscuit, in integrum restitutio
necessaria non est, sed solùm ei, qui se
miscuit; *l. necessariis §. 1. ff. de acquir. hæred.* neque ut ab eo obtineat hoc beneficium,
77 quia hoc à Prætore impetrare non est necesse, cùm Prætor hoc largiatur omnibus
volentibus eo uti. *§. sui autem. versic. sed his. Instit. tit. de hæred. qual. & differ.*

Imò, ut dicam quod sentio, & quod
nostri non animadvertunt, existimo in eâ
legè solùm agi de restitutione in integrum,
78 & hoc tantùm ab Ulpiano definiri, non
esse necessarium in integrum restitutionem
ei, qui se non miscuit hæreditati: licèt
enim sit hæres ipso jure, tamen non debet
à se amovere hæreditatem adeundo Prætorem, & petendo ab eo restitutionem, cùm
possit liberari abstinendo ab hæreditate:
quâ de re copiosè etiam agitur *in l. necessariis ff. eod.* Multa sunt; quî conjecturam
hanc facio. Primùm ea lex deprompta est
ex libro undecimo Ulpiani ad Edictum, quo
in libro Ulpianum exposuisse edictum Prætoris de restitutionibus in integrum satis
79 constat ex *l. 1. ex l. denique 3. ex l. si tamen
5. ex l. ait Prætor 7. ex l. si ex causâ 9. ex
l. verum 11. ex l. in causæ 13. ex l. minor
autem 18. & duabus seqq. l. integrum 22. ff.
de minor.* in quibus copiosè, & enucleatè
pertractatur materia restitutionis in integrum, quæ minoribus datur; atque omnes depromptæ sunt ex libro undecimo Ulpiani ad Edictum. Libro autem duodecimo
pertractavit Ulpianus de restitutione, quæ
majoribus à Prætore datur, ut constat ex
*l. 1. 3. 5. 7. 10. 12. 15. 17. 21. 23. 26. 28.
ff. ex quibus caus. major.* Prætereà in rescripto, quod allegatur in ea lege, apertè tractabatur solummodò de restitutione in integrum. Denique, & verba illa, *non esse
necesse Prætorem adire*, maximè conveniunt
petitioni restitutionis in integrum. *l. verum
11. §. ex facto l. Papinianus 20. ff. de minor.
l. 3. C. si minor se major. dixerit.*

Non dissimile est argumentum, quod
petunt ex *l. 1. C. si minor. ab hæred. se
abstin.* ibi: *si vos paternæ hæreditati non
immiscuistis, ob eam rem testificatio necessaria non fuit, cùm fides veritatis verborum
adminicula non desideret. Quod si pro hærede
gessistis, vel bonorum possessionem accepistis, propter ætatem, cui subveniri solet,
in integrum restitutionis auxilium accipere
debetis.*

Non dissimilis etiam responsio. Suus hæres volebat abstinere ab hæreditate. Respondent Imperatores, quòd si minor est, &
pro hærede gessit, debet petere restitutionem in integrum, sine quâ ampliùs abstinere non potest. *d. l. necessariis.* Si verò pro
hærede non gessit, hoc est, paternæ hæreditati se non immiscuit, non indiget restitutione, etiamsi non fuerit testificatus nolle
se immiscere. Ut enim quis possit abstine- 81
re, sufficit eum se non miscuisse: & omnis
testificatio supervacanea est, quia veritas
non desiderat verborum adminicula. Quòd
si quis contendat, eum abstinere non potuisse; ipse, qui hoc contendit probare debet eum, antequàm abstineret, se immiscuisse, quia per immixtionem amittitur
beneficium abstinendi; sufficit sola veritas,
hoc est, ut verè se non immiscuerit. Quibus expositis non video, quid obstet nostræ sententiæ.

Nullius quoque momenti est alterum argumentum petitum ex *l. si filius 12. ff. de
vulg.* ibi: *etenim jus dicenti propositum est
liberos oneribus hæreditariis non spontè susceptis liberare, non invitos ab hæreditate removere.* Etenim in ea quoque lege agitur de
filio volente abstinere ab hæreditate paternâ.
Constat id ex principio ejusdem legis. ibi:
si filius, qui patri, ac posteà fratri ex secundis tabulis hæres extitit, hæreditatem patris recuset, fratris autem retinere malit.
Quæstio igitur ibi proposita est, an filius 82
possit abstinere hæreditate patris, & retinere hæreditatem fratris: & respondet JC.
posse: quia Prætori propositum est liberos
oneribus hæreditariis liberare, non invitos
ab hæreditate removere. Quos liberat oneribus hæreditariis? nempè abstinentes, &
recusantes hæreditatem patris. Quos non removet invitos? nempè volentes retinere hæreditatem. Imò retorqueri potest argumen-

ştum. Nam ibi JC. promiscuè accipit filium recusare patris hæreditatem, & eum liberari oneribus hæreditariis. Cùm enim quæsierat, an rectè recuset patris hæreditatem; respondet rectè recusare, quia Prætori propositum est liberos oneribus hæreditariis non spontè susceptis liberare? Ergo liberat solùm recusantes. Etenim si liberaret etiam non abstinentes, absurda esset illa responsio, & aliena à quæstione propositâ, nec eam solveret. Planè hoc in errorem induxit interpretes nostros, quòd ea, quæ in jure nostro tradita sunt de filiis abstinentibus, acceperunt perindè ac si dicta essent de non abstinentibus.

Denique non obstat textus in *l. nam nec emancipatus* 87. *ff. de leg.* 1.

83 Nam & ibi agitur de filio abstinente. Proponitur in duabus legibus antecedentibus quæstio, an, si filio instituto pater legatum reliquerit, & filius abstinuerit hæreditate, possit legatum petere. Responder posse. Sicut enim emancipatus potest omissâ hæreditate
84 legatum petere; ita & suus hæres abstinens ab hæreditate, potest legatum petere: quia filiis abstinentibus tribuit Prætor idem, ac emancipatis: hoc est idem, ac si habuissent liberum arbitrium adeundi hæreditatem. Sed hoc tribuit abstinentibus, quia, ut suprà diximus, beneficium suum Prætor impertitur solummodò volentibus.

CAPUT X.

Ad l. filio præterito 17. ff. de injust. rupt.

SUMMARIUM.

1 *Filio præterito se abstinente, ex bono, & æquo voluntas testatoris est servanda.*
2 *Voluntas testatoris servari potest non solùm ex testamento, sed etiam ab intestato.*
3 *Si quis omissâ causâ testamenti possideat ab intestato hæreditatem, Prætor tuetur defuncti voluntatem quoad legata.*
4 *Aliud exemplum.*
5 *Quomodò possit servari ex testamento?*
6 *Proponuntur tres sententiæ.*
7 *Præterito abstinente testamentum jure Civili non convalescit.*
Præterito suo herede testamentum est ipso jure nullum.
8 *Et non potest convalescere, cùm numquam fuerit testamentum.*
9 *Defunctorum actus in suspenso esse non possunt.*
10 *Testamentum ab initio nullum, aut posteà ruptum, irritumve, numquam jure Civili convalescit: probatur exemplis.*
11 *Proponitur exceptio in casu captivitatis.*
12 *Et in casu restitutionis damnatorum.*
13 *Præterito decedente ante patrem non convalescit testamentum.*
14 *Etiamsi præteritus sit posthumus.*
15 *Suus est hæres, & antequàm abstineat, & posteà. & 31.*
16 *Non valet hujusmodi testamentum: si filius meus me vivo decesserit, Titius hæres esto.*
17 *Institutio & exhæredatio liberorum sunt de formâ.*
18 *Forma hominum arbitrio mutari non potest.*
19 *Conventione patris, & filii fieri non potest, ut liceat filium præterire. & 23.*
20 *Filius non potest institui sub conditione, quæ non sit in ejus potestate.*
21 *Conditiones impossibiles, & turpes detrahuntur ab ultimis voluntatibus.*
22 *Filius non potest institui sub conditione turpi, vel impossibili.*
23 *Forma testamenti præscripta est à legibus.*
24 *Testamenti factio est juris Publici.*
25 *Jus Publicum privatorum pactis mutari non potest. & 46.*
26 *Non potest patronus liberto permittere, ut se prætereat.*
27 *Patroni institutio non est de forma testamenti, & ideò valet testamentum, in quo præteritus est patronus.*
28 *Quæ fiunt ipso jure, etiam nobis invitis fiunt: & explicatur.*
29 *Beneficium abstinendi est à Prætore.*
30 *Non potest Prætor efficere, ut valeat jure Civili, quod eo jure improbatur.*
32 *Si valet testamentum, non potest esse locus intestatæ successioni.*
33 *Nemo potest abstinere ab hæreditate, nisi jam quæsitâ.*
34 *Defunctus decedit intestatus, cùm testamentum non valet.*
35 *Unusquisque potest renunciare suo beneficio.*
36 *Volenti non fit injuria.*
37 *Emphyteusis per non solutionem canonis recidit solum volenti domino.*
38 *Valet alienatio, facta cum consensu vocatorum, si eorum favore fuit interdicta.*
39 *Judicium convalescit, si dominus ratum habeat, quod gessit procurator.*
40 *Testamentum propter præteritionem nullum est, non propter injuriam factam filio.*
41 *Majori injuriâ afficitur exhæredatus, quàm præteritus.*
42 *Nullum pariter non est favore filiorum.*
43 *Affertur ratio, cur testamentum vitiet præteritio, non exhæredatio. & n. 45.*
44 *Duo in solidum domini, aut hæredes esse non possunt.*
45 *Nemo potest renunciare suo favori, quando respicit jus Publicum.*

47 *Probatur exemplis.*
48 *Conditiones aliæ sunt suspensivæ, aliæ resolutivæ: & harum exempla.*
49 *Nullitas testamenti non pendet à conditione resolutivâ.*
50 *Non datur conditio resolutiva nullitatis.*
51 *Jus est, quod bonum & æquum est.*
52 *Hæc descriptio convenit juri Civili in genere.*
53 *Jus Civile in specie sæpè opponitur æquitati.*
54 *Quod ipso jure nullum est, non rumpitur.*
55 *Ipso jure rumpi dicitur id, quod ipso jure non valet.*
56 *Aliud est rumpi ipso jure: aliud ex post facto rescindi.*

F*ilio præterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata præstantur, si præteritus fratribus partem hæreditatis avocavit: quòd si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono, & æquo*
1 *tuebitur.* Constat ex hâc lege, filio præterito se abstinente voluntatem testatoris tuendam esse. Potest voluntas testatoris defendi, & observari vel ex testamento, vel ab intestato.
2 Ab intestato; quemadmodum, cùm quis omissâ causâ testamenti ab intestato possidet hæreditatem: tuetur enim Prætor defuncti
3 voluntatem quoad legata, perindè ac si ex testamento hæreditatem adiviss et; *l. 1. & toto tit. ff. si quis omissâ caus. testam.* quemadmodum conservantur libertates, & fideicom-
4 missa alumnæ data in *l. in testamento 38. ff. de fideicom. libert.*

Ex testamento, si aut testamentum jure Civili convalescat abstinente filio præterito, quod propter præteritionem erat ipso jure
5 nullum; *l. 1. ff. de injust. rupt.* aut à Prætore sustineatur datâ bonorum possessione secundùm tabulas hæredibus scriptis in testamento.

Si defenditur voluntas ab intestato, corruit institutio, & solummodò legata præstantur. Si convalescit jure Civili testamentum, omnia sustinentur, & hæres poterit
6 adire hæreditatem. Si sustinetur jure Prætorio, omnia pariter subsistunt, sed non poterit ab hærede scripto hæreditas adiri, & confugere debebit ad bonorum possessionem secundùm tabulas. Hinc Interpretes nostri dividuntur in tres classes: alii tum jure Civili convalescere putant testamentum, tum jure Prætorio: alii solùm jure Prætorio sustineri: alii denique neutro jure subsistere, & ab intestato defendi voluntatem defuncti. Eam, quæ inter duas media est, opinionem probamus, quæ & communis est, & verior videtur: nempè jure Prætorio subsistere testamentum, si filius in eo præteritus bonis paternis abstineat. Primum autem probandum est, illud jure Civili nullum esse, eoque jure non convalescere, etiamsi filius præteritus abstineat hæreditate patris.

Quod jure Civili non subsistat testamentum, in quo præteritus est filius, id passim in jure nostro traditum est, & quidem sine ullâ exceptione; undè conjecturâ consequi possumus, ipsum numquam subsistere, nullo 7
casu convalescere. *l. inter cætera 30. l. dum apud 31. ff. de liber. & post. l. si quis eum 16. in fin. ff. de vulg. l. 1. ff. de injust. rupt. l. ex facto 43. §. Lucius Titius ff. de vulg. princ. tit. Instit. de exhæred. liberor. l. maximum vitium in princ. & in §. 1. C. de liber. præterit.*

Nec dici potest, quòd licèt testamentum sit ipso jure nullum, tamen filio abstinente ex bono, & æquo convalescat. Quod enim numquam fuit, quod statim nullius momenti fuit, convalescere non potest. Æger potest convalescere: mortuus potest reviviscere, sed qui numquam natus est, neque convalescere potest, neque reviviscere. Testamentum autem, in quo præteritus fuit filius: qui erat in potestate, numquam fuit testa- 8
mentum: nam & ab initio nullius fuit momenti, numquam valuit, semper fuit inutile. *l. 1. ff. de injust. rupt. l. si quis 16. §. ult. l. ex facto §. Lucius ff. de vulg. princ. tit. Instit. de exhæred. liber.* Quarè nusquam in jure nostro traditum est, hujusmodi testamentum pendere, & in suspenso esse, sed semper inutile, & nullius momenti, quia defunctorum
actus suspendi non possunt. *l. ult. in fin. ff.* 9
commun. præd. Suspenderetur autem, & penderet ab approbatione filii, si eo abstinente subsisteret, & non abstinente corrueret.

Præstereà testamentum, quod jure Civili nullum est, numquam convalescit: imò etsi ab initio valuerit, si posteà ruptum fuerit, ampliùs non reviviscit, etiamsi removeatur

causa, quæ testamentum illud evertit. Sic prius testamentum non convalescit, etiamsi posterius, quo ruptum fuit, irritum fiat. §. *posteriore Instit. tit. quib. mod. testam. infirm.*
10 Sic testamentum, quod per capitis diminutionem irritum factum est, etiam cessante, & sublatâ causâ non convalescit jure Civili, sed solùm jure Prætorio. §. *alio autem modo* juncto §: *non tamen Instit. eod. l. penult.* §. 1. *ff. de bonor. poss. secund. tabul. l. posthumas* 12. *versic. idem & circa ff. de injust. rupt.* Sic testamentum, in quo præteritus est filius, non convalescit jure Civili, etiamsi filius vivo testatore moriatur. *princ. tit. Inst. de exhared. liber. l. si filius* 7. *ff. de lib. & post.* Et hoc voluit significare Pomponius in *l. si primo* 8. *ff. de lib. & post.* illis verbis: *secundùm sententiam, quâ utimur, non erit secundus hæres, quasi ab initio inutiliter institutus.* Et Legislator noster in *princ. tit. Inst. de exhæredat. liber.* ibi: *adeò quidem, ut si vivo patre filius moriatur, nemo ex eo testamento hæres existere possit, quid scilicet ab initio non consti-*
11 *terit testamentum.* Solummodò convalescit testamentnm, quod fuit factum irritum per captivitatem: sed necessaria fuit lex Cornelia, & jus postliminii ad ipsum confirmandum, quibus non tam confirmatur, quàm fingitur numquam fuisse irritum: cujus exemplo idem videtur constitutum etiam in restitutione damnatorum factâ à Principe. *l. si*
12 *quis filio* 6. §. *quatenùs, penult. ff. de injust. rupt.* Ergo, si jure Civili neque testamentum, quod initio fuit nullum, neque testamentum, quod posteà factum est irritum, convalescit, remota, ac sublata causa, propter quam testamentum non valet; dubitari non potest, ne quidem convalescere, cùm filius abstinet ab hæreditate.

Confirmatur, quia, etiamsi filius ille decessisset ante patrem, à quo fuit in testamento præteritus, tamen testamentum non conva-
13 lesceret. *l. si filius* 7. *ff. de lib. & post. princ. tit. Inst. de exhæred. liber.* Imò si præteritus sit posthumus, initio, antequam nascatur, valet testamentum, & solum rumpitur nascente posthumo. §. *posthumi quoque. Instit. tit. de exhared. liberor. l.* 1. *C. de post. hæred. instit.* Licèt autem valeat initio, licet rumpatur 14
solùm nascente posthumo, tamen ejus morte non reviviscit, nec ad pristinum statum redit *l.* 2. *C. eod.* Si testamentum non reviviscit morte filii, ob cujus præteritionem nullum fuit, aut ruptum; quantò minùs reviviscere poterit filii abstentione? Filius, qui mortuus est vivo testatore, nec hæres est, nec esse potuit: filius, qui abstinet, & hæres esse potuit, & hæres fuit, antequàm abstineret, statim à morte testatoris ipso jure; *l.* 1. § 15
qui sunt in potestate ff. si quis omis. caus. testam. l. si post mortem. §. 1. *l. quæsitum* 91. §. *præsenti ff. de legat.* 1. *l. Julianus* 86. *ff. de cond. & demonst. l. si optio* 13. *ff. de opt. legat.* & denique hæres manet, etiam postquàm abstinuit. *l. cum quasi* §. *sed etsi suus ff. de fideic. libert.*

Confirmatur evidentiùs. Si quis ita testatus fuerit: *si filius meus me vivo decesserit, Titius hæres esto*; non valet hujusmodi testamentum. *l. si quis eum* 16. *in fin. de vulgar. & pupill.* Et tamen nullum videtur obstare impedimentum huic testamento. Nam aut filius decedit 16
vivo patre, & tunc non potest obstare hæredi, qui sub eâ conditione est institutus, quæ existit moriente filio. Aut non decedit, & tunc deficit institutio deficiente conditione. Itaque nec filius obstat hæredi, nec hæres obstat filio, quia ex naturâ institutionis simul concurrere non possunt: adeòque nec hæres institutus excludit filium, nec filius hæredem institutum. Sic igitur concludi licet. Non valet testamentum, quando hæres institutus est in eum casum, in quo filius hæres esse non potest: ergo multò minùs valebit testamentum, quando ventum est ad eum casum, in quo, licèt filius hæres esse nolit, tamen verè hæres fuit, & concurrit cum hærede instituto. Rursùs probatur hæc sententia, quia institutio, & exhæredatio filiorum est de forma testamenti; *l. inter cætera ff. de lib.* 17
& posthum. forma autem hominum arbitrio mutari non potest, quia mutatâ formâ actus 18
interit. *l. Julianus* 9. §. *sed si quis ff. ad exhibend.* Quamobrem hâc in re, & patris cautio inutilis est, *l. ult. ff. de suis, & legit. hered.* & patris, & filii conventio. *l. si quan-*

19 do 35. §. illud C. de inoff. testam. Prævalet
enim privatorum cautioni, & voluntati le-
gum autoritas. d. l. ult. ff. de suis, & legit.
Ergo, etiamsi filius maximè voluerit testa-
mentum subsistere, tamen non proindè testa-
mentum convalescet, quod contra legum
autoritatem factum est.

Confirmatur ex l. filius 15. ff. de condit.
20 instit. Non potest institui filius sub condi-
tione, quæ non est in ejus potestate. l. suus
4. ff. de hæred. instit. l. Lucius Titius 83. ff.
de condit. & demonstr. l. 4. C. de instit. & sub-
21 stit. Conditio impossibilis detrahitur à jure
in institutionibus, l. 1. ff. de condit instit. l.
cùm in secundo. in fin. ff. de injust. rupt. l.
multa §. 1. ff de condit. & demonstr. l. quæ
sub conditione §. mortuo ff. de cond. instit. sicut
etiam detrahitur conditio turpis: nam omnes
hujus generis conditiones pro non scriptis
habentur. l. non dubitamus ff. de condit. &
demonstrat. l. conditiones, & l. pen. ff. de
condit. instit. l. reprehendenda C. de instit. &
substit. l. si à milite 30. §. edictum ff. de test.
milit. Si filius sit institutus sub conditione
turpi, vel impossibili, videretur dicendum
valere institutionem, quia conditio illa pro
non scriptâ habetur, eâque detractâ manet
22 pura institutio. Tamen quia præteritio filii
est contra formam testamenti, & filius insti-
tutus sub conditione, quæ non est in ejus
potestate, pro præterito habetur, conditio
illa non detrahitur, & corruit testamentum.
d. l. filius 15. ff. de condit. instit. Si igitur ad
sustinendum testamentum nullum propter fi-
lii præteritionem lex ipsa non detrahit con-
ditionem, quam detrahere solet ex aliis tes-
tamentis; ne subsistat testamentum, in quo
peccatum est contra formam ipsius testamen-
ti; quantò minùs poterit id sustineri solâ vo-
luntate filii abstinentis ab hæreditate? Non
videtur peccasse contra formam, qui adjecit
eam conditionem, quæ habetur pro non ab-
jectâ: sed tamen eo solo, quòd adjecit il-
lam conditionem, lex improbat, & evertit
testamentum, & recusat detrahere conditio-
nem, ad sustinendum testamentum. An igi-
tur probabit testamentum, in quo filius non
est institutus, sed præteritus? in quo filius
abstinet ab hæreditate, cùm reprobet illud,
ex quo filius consequi posset hæreditatem,
quemadmodum eam consequuntur omnes
alii, sub eâdem conditione instituti? pro-
fectò id est planè absurdum.

Prætereà testandi facultas legibus certis est
permissa, & à jure præscripta forma, quam
tenemur observare; nec quisquam potest ei
derogare, aut efficere, ut subsistat testamen-
tum, in quo forma illa servata non est. l.
testandi C. de testam. Est enim juris Publici 23
factio testamenti: l. 3. ff. eod. & jus Publi-
cum privatorum voluntate mutari non potest.
l. jus Publicum ff. de pact. d. l. testandi de 24
testam. Non potest igitur filius abstinendo
derogare juri Publico, quo hæc forma tes- 25
tatoribus præscripta est, ut filios aut insti-
tuant, aut exhæredent, aliàs testamentum
nullius momenti sit. Facit ad rem text. in l.
2. §. sed quia veremur C. de jurejur. propt.
calumn.

Hoc idem probat evidenter text. in l. Pau- 26
lus 47. §. patroni ff. de bon. libert. Patronus
ob merita liberti concessit ei liberam testa-
menti factionem. Libertus patronum in tes-
tamento præteriit. Respondit Paulus, liber-
tum non fuisse consecutum liberam testa-
menti factionem: adeòque non impune pa-
tronum præterit, etiamsi id fecerit voluntate
ipsius patroni. Patroni institutio non est de 27
forma testamenti, & patroni præteritione
non evertitur testamentum, sed solùm datur
bonorum possessio contra tabulas. §. 1. & 3.
Instit. tit. de success. libert. Filii institutio est
de forma testamenti, & filii præteritio sub-
vertit ipso jure testamentum; ut diximus.
Sed patronus voluntate suâ non potest effice-
re, ut impunè prætereatur, ergò multò mi-
nùs filius.

His addo, quòd ea, quæ fiunt ipso jure,
fiunt etiam nobis invitis, & contra nostram
voluntatem: supervacanea enim est omnis
opera, & voluntas hominis in illis, quæ
ipso jure fiunt, & ab ipsâ lege. l. sed & so- 28
cius 17. §. ult. ff pro soc. Quapropter, quia
filius est ipso jure hæres patris, l. nihil inte-
rest 50. § longè ff. de bon. libert. idcircò est
hæres patris etiam invitus. §. sui. versic. ne-

cessarii Instit. tit. de hæred. qual. & differ. Sed
testamentum, in quo prateriti sunt liberi,
evertitur ipso jure: *l. maximum vitium* §.
1. *C. de liber. præter.* ergò evertitur etiam
contra voluntatem filii. Item, quoties ali-
quid ipso jure rescinditur, non attenditur
factum hominis, & semper idem jus est, sive
quid factum fuerit, sive non fuerit. *l. mu-
lieri*, *& Titio* 74. junctâ *l. hoc modo* 64. §.
1. *ff. de condit. & demonst.*

Ad alia jam progrediamur. Primum est
animadvertendum, quòd in nostrâ *l. filio
præterito*, agitur de filio abstinente. Benefi-
29 cium abstinendi est à Prætore. §. *fui autem.
versic. sed his Instit. tit. de hæred. qual. &
differ. l. necessariis ff. de acquir. vel omit. hæ-
red. l. nam nec emancipatus ff. de legat.* 1.

Quomodò autem potest Prætor efficere suo
beneficio, ut jure Civili subsistat testamen-
tum, quod ab eodem jure improbatur, cùm
Prætor juri Civili derogare non possit: *l.* 1. §.
1. *ff. de feriis.* Potest quidem Prætor ipse ap-
30 probare testamentum; non tamen potest co-
gere jus Civile ad approbandum: maximè
quia Prætor hæredem facere non potest. §. *quos
autem Prætor Instit. tit. de bonor. possess.* Non
potest igitur efficere hæredem eum, qui scrip-
tus est in testamento. Non potest autem sub-
sistere testamentum, si hæres esse non potest.
l. 3. *versic. Calpurnius ff. de his quæ in testam.
delent.*

Secundò, quòd filius, qui abstinet ab
hæreditate, non solùm hæres est, antequàm
abstineat, *l.* 1. §. *qui sunt in potestate ff. si
31 quis omis. caus. testam.* sed etiam, postquàm
abstinuit, hæres manet. *l. cum quasi* §. *sed
etsi suus ff. de fideicom. libert.* Est autem, &
fuit hæres ab intestato: ex testamento enim,
in quo præteritus est, hæres esse non potest.
Igitur, si testamentum jure Civili convalesce-
ret, ipse esset jure Civili hæres ab intestato;
& hæredes scripti in testamento eodem jure
Civili essent hæredes ex testamento, quod
fieri non potest. *l. jus nostrum ff. de reg. jur.*
Item si jus Civile facit filium hæredem ab in-
testato; eumque, etiam postquàm abstinuit,
pro hærede habet, non potest comprobare &
32 confirmare testamentum: neque enim locus
esse potest successioni ab intestato, si valeat
testamentum, & successio ex testamento de-
feratur. *l. quamdiu ff. de acquir. vel omit.
hæred.*

Tertiò, quòd filius abstinet ab hæreditate:
à quâ hæreditate? certè ab hæreditate jam
acquisitâ. Abstinemus enim ab hæreditate
acquisitâ. *l.* 1. §. *si quis adita ff. ad SC. Ter-* 33
tull. l. jam dubitari 86. §. *ult. ff. de hæred.
instit. l. cum hæreditate* 55. *& l. penult. ff. de
acquir. hæred.* Sed cujus generis hæreditatem
acquisivit? non testamentariam, quia ea
testamento defertur: ille autem in testamento
non fuit institutus. Ergo ab intestato. De-
functus igitur decessit intestatus, quia hære-
ditas ab intestato tunc tantummodò defertur,
cùm defunctus intestatus decessit. *Instit. tit.
de hæred. quæ ab int. defer.* Defunctus autem
decedit intestatus, cùm testamentum non va-
let. *princ. tit. Instit. eod. l.* 1. *in princ. ff. de* 34
suis & legit. hæred.

His probè constitutis, quæ opponi pos-
sunt, argumenta confutemus. Primum au-
tem, potest unusquisque contemnere ea,
quæ pro se introducta sunt; *l. si judex ff. de
minor.* & beneficio suo, suoque privilegio 35
renunciare. *l. ult. C. de pact. l. invito ff. de
reg. jur.* Poterit ergo filius approbare testa-
mentum patris, in quo præteritus est: quod
enim sit nullum propter præteritionem, fa-
vore filii videtur introductum. Item propter
injuriam factam filiis, à lege improbatur
testamentum. *Authent. ut cum. de appel.* 36
cogn. §. *hac autem. in princ.* Sed volenti non
fit injuria: *l.* 1. §. *usque adeò ff. de injur.* &
omnis injuria remissione abolетur. *l. non so-
lùm* 11. §. 1. *ff. de injur.* §. *hac actio. tit. eod.
l. qui res* 98. §. *aream ff. de solut.*

Confirmatur exemplo emphyteusis, in qua
si emphyteuta per biennium canonem non
solvat, decidit ab emphyteusi: sed quia hoc 37
respicit commodum domini, decidit solum,
si Dominus voluerit. *l.* 2. *C. de jure emphy-
teut.* Item si alienatio rei, fideicommisso sub- 38
jectæ, sit interdicta favore fideicommissario-
rum, consentientibus fideicommissariis va-
lebit alienatio *l. quoties ab omnibus* 11. *C. de
fideicom. l. cùm pater.* §. *libertis ff. de leg.* 2.

privatorum pactis mutari non potest. *l. jus Publicum ff. de pact. l. ult. ff. de suis & legit. hæred.* Quare licèt solemnitas septem testium constituta sit favore testatoris, ne qua fraus, aut dolus obrepat; *l. ult. C. de fideicom.* tamen testator huic solemnitati renunciare non potest, nec cavere, ut sustineatur testamentum sine hâc solemnitate. *l. si unus C. de testam.* Licèt necessitas instituendi patronum vergat in favorem patroni; tamen hanc necessitatem patronus remittere non potest.
47 *l. Paulus 47. §. Patroni ff. de bon. libert.* Licèt querela inofficiosi testamenti tendat in favorem filii exhæredati, tamen filius patri nequit hoc jus remittere. *l si quando 35. §. illud C. de inoff. testam.* Licèt jusjurandum respiciat favorem litigantium, tamen ipsorum conventione huic renunciari non potest. *l. 2. §. sed quia veremur C. de jurejur. propt. calumn.* Et infinita in jure nostro occurrunt exempla.

Secundò opponi potest, quòd, cùm non omnes conditiones suspendant actum, sed sint quædam conditiones resolutivæ, quarum eventu actus, qui initio valebat, resolvitur; *l. 2. ff. de in diem addict. l. 1. ff.*
48 *de leg. commiss.* nihil impedit, quominùs testamentum sit initio nullum, & postea filio abstinente resolvatur hæc nullitas, & testamentum convalescat. Sic testamentum, quod initio valet, postea resolvitur hærede non adeunte hæreditatem. *l. si nemo 181. ff. de reg. jur. l. eam quam C. de fideicom.* Si legatarius à se repulerit legatum, numquam videtur ejus dominus fuisse: *l. si tibi homo 88. §. cum servus ff. de legat. 1.* licèt dominium statim, & rectâ viâ transeat in legatarium. *l. à Titio 64. ff. de furt.*

Respond. quòd, si filio abstinente resolveretur nullitas testamenti, non opus fuisset confugere ad æquitatem, ut sustineatur
49 voluntas testatoris: nam si nullitas testamenti penderet à conditione resolutivâ, existente conditione nullitas resolveretur; eâque resolutâ testamentum ipso jure subsisteret: ut accidit in exemplis allatis.

Præterea haud scio, an usquam detur conditio resolutiva nullitatis. Datur quidem conditio resolutiva actûs: sed conditio resolutiva nullitatis videtur esse suspensiva actûs, præsertim cùm agitur de hæreditate in qua conditio, & aditio retrotrahitur ad 50
tempus mortis. *l. hæres quandoque ff. de acquir. hæred.* Nam si resolvitur ab initio nullitas, valet testamentum; si non resolvitur, numquam valuit. Itaque dum incerta 51
est hæc resolutio, in suspenso est, an valeat, vel non valeat testamentum.

Sed impugnatur responsio ex *l. filio præterito ff. de injust. rupt.* ubi dicitur sustineri testamentum ex bono, & æquo: ergo de jure Civili, quod bonum & æquum est. *l. 1. ff. de just. & jur.*

Resp. quòd in ea lege juris nomen in genere accipitur, & comprehendit jus Naturale, jus Gentium, jus Civile, jus Prætorium; adeòque non potest ita concludi: sustinetur ex bono, & æquo, ergo sustinetur jure Civili: maximè si sumamus jus Civile in specie, tamquam distinctum à jure Prætorio. Licèt omne jus sit bonum, & 52
æquum, tamen id maximè omnium convenit juri Prætorio, quia Prætor semper æquitatem sequitur: minimè omnium convenit juri Civili, quod sæpenumero opponitur æquitati. *l. 2. §. quamquam ff. de aqua, & aqua pluv.* Donat. *in Terent. in Adelph. act. 1. sc. 1. Inter jus, & æquitatem hoc interest: jus est, quod omnia recta, & inflexibilia exigit: æquitas est, quæ de jure multùm remittit.* Senec. *lib. 7. controv. 4. Albutius non juris fecit illam quæstionem, sed* 53
æquitatis. Symmach. *epist. 52. lib. 10. In plerisque causis alterum jure, alterum æquitate niti.* Cic. *pro Cæcin. Si contrà verbis, & litteris, & ut dici solet, summo jure contendatur, solent hujusmodi iniquitati, æqui, & boni nomen dignitatemque opponere.* Quintilian. *lib. 4. Est aliquid æquum, sed prohibitum jure.* Et in nostra *lege filio præterito* æquitas juri opponitur, ibi: *licèt subtilitas juris refragari videatur.*

Posset etiam opponi text. in *l. inter cætera ff. de liber. & post.* considerando verbum illud, *rumpatur*: quod enim ipso jure nullum est, non rumpitur, nec rumpi po- 54

test. *l. nam etsi 5. vers. post defectum ff. de injust. rupt.*

Resp. quòd rumpitur quidem testamentum, sed rumpitur statim, & rumpitur ipso jure: *l. maximum vitium C. de liber. praet.* hoc est, testamentum est nullum, est inutile. Sic enim in laudata *l. inter caetera ff. de lib. & posthum.* explicatur in fine legis verbum illud *rumpatur*. Et meritò: quia testamentum verè fecit testator. Cur igitur hujusmodi testamentum nullum est? cur testator decedit intestatus, perindè ac si testamentum non fuisset? nempè, quia testamentum statim rumpitur, & infringitur à
55 lege. Quapropter in *l. ex facto §. Lucius Titius ff. de vulgar.* pro eodem accipit Paulus infirmari testamentum, & testamentum nullius esse momenti. In eadem significatione haec accipiuntur in *l. 1. §. 1. ff. de fer. l. juris gentium 7. §. & generaliter ff. de pact.*
56 Nam, quòd ex post facto rescinditur, utique aliquando valuit: quòd autem statim rumpitur, & evertitur ipso jure, & à lege, quae non indiget tempore ad operandum, semper fuit nullum.

CAPUT XI.

Ad eamdem l. filio praeterito ff. de injust. rupt.

SUMMARIUM.

1 *Ex testamento rupto nihil peti potest.*
2 *Testamentum aut jure Civili, aut jure Praetorio valet.*
3 *Filio praeterito abstinente testamentum jure Praetorio convalescit. Probatur nn. seqq. per tot.*
4 *Verba* ex bono & aequo *maximè conveniunt Praetori, qui semper aequitatem spectat.*
5 Tuendi *verbum ad Praetorem refertur.*
6 *Filio praeterito abstinente, Praetor dat scriptis haeredibus bonorum possessionem secundùm tabulas tum re & n. 13.*
7 *Per beneficium abstinendi haeres necessarius à Praetore habetur pro voluntario.*
8 *Abstinens à Praetore non habetur pro haerede.*
9 *Praetor non potest improbare testamentum, cùm dat praeterito beneficium abstinendi.*
10 *Cùm filius à Jure pro voluntario habetur, testamentum sustinetur,*
11 *Testamentum, in quo praeteritus est filius, jure Praetorio non est nullum: & quare. & n. 26.*
12 *Institutio, & exhaeredatio non est de forma testamenti Praetorii.*
14 *Quod Praetor impugnat, non est ipso jure nullum. Contraria sunt inter se fieri aliquid* ipso jure, *&* jure Praetorio.
15 *Quoad Praetorem in pari causa sunt omnes liberi.*
16 *Filio instituto sub conditione Praetor dat bonorum possessionem secundùm tabulas.*
17 *Datur haec solùm ritè institutis.*
18 *Successio Praetoria ex testamento duplex, secundùm, & contra tabulas.*
19 *Filio exhaeredato valet testamentum & quare.*
20 *Cessante bonorum possessione contra tabulas, Praetor dat ex testamento secundùm tabulas.*
21 *Bonorum possessio contra tabulas datur etiam institutis, commisso per alium praeteritum edicto.*
22 *Quoties testamentum solâ juris subtilitate non valet, sustinetur à Praetore. Vide exempla numeris seqq. & n. 28.*
27 *Agnatione posthumi, posteriore testamento, capitis diminutione non rumpuntur testamenta jure Praetorio.*
29 *Institutio non debet ex alieno arbitrio pendere. Et multò minùs delatio haereditatis.*
30 *Distinguitur haec propositio.*
31 *Repudians, & abstinens non potest dici arbiter, & dator haereditatis, quia à lege, vel Praetore ea datur.*
32 *Exempla, quibus in alicujus potestate est ipsa delatio haereditatis. & 33.*
Haerede non adeunte corruit substitutio pupillaris.
33 *Et corruit exhaeredatio.*
34 *Filio praeterito succeditur ab intestato per bonorum possessionem* unde liberi. *Distingue ut n. 35.*
36 *Exhaeredatis non datur bonorum possessio contra tabulas.*
37 *Si praeteritus petat contra tabulas, datur exhaeredato querela: si verò dicat testamentum nullum, datur bonorum possessio unde liberi.*
38 *Ex testamento, in quo praeteritus est suus haeres, nemo haeres esse potest.*
39 *Non potest filius abstinere ab haereditate non delatâ.*
40 *Non defertur ab intestato, nisi cessset ex testamento.*
41 *Jus Civile non defert haereditatem ex eo testamento, in quo praeteritus est filius: secùs est de jure Praetorio.*
42 *Olim in suis non erat successio.*

TEstamentum, in quo praeteritus est suus haeres, etiamsi ille abstineat haereditate, tamen jure Civili non convalescere suprà demonstratum est. Constat tamen, legata, & libertates esse praestandas, & tuendam voluntatem testatoris. *l. filio praeterito in fin. ff. de injust. rupt.*
Constat etiam, ex testamento rupto nihil 1

peti posse. *l. 1. ff. de posthum. hered. instit.* Consequens igitur est, ut dicamus testamen-
2 tum jure Prætorio sustineri. Omne enim testamentum aut jure Civili, aut Prætorio subsistit. *l. testamentum ff. qui testam. facere poss.*

3 Secundò probatur perpendendo verba Papiniani in eadem *l. filio praeterito*, quæ maximè sunt accommodata ad indicandum
4 jus Prætorium. Ac primùm verba illa *ex bono & aequo*, Prætori maximè conveniunt, *l. si domus* 71. *§. in pecunia ff. de legat.* 1. *l. non solum* 11. *§.* 1. *ff. de injur. l. & si quis* 14. *§. hac actio ff. de religios. & sump ib. funer. l.* 5. *§. hoc autem ff. de his qui dejec.* qui semper æquitatem sectatur. *l.* 1. *ff. de pact.* l. 1. *ff. de constit. pecun l.* 1 *ff. de collat. l.* 1. *ff. quod quisque jur. l.* 1. *ff. de legat praest. l.* 1. *ff. de minor. l.* 1. *ff. quod falso tutor. l.*
5 3. *C. qui bon. ced. l.* 2. *ff. unde cognati.* Accedit *tuendi* verbum, quod ad Prætorem ferè semper referri solet: *l.* 1. *§. proponitur ff. de superfic. l.* 1. *§. hoc interdicto ff. de itinere act. privato l.* 4. *§.* 1. *ff. de doli & met. exc. l.* 1. *§.* 1. *ff. ne vis fiat ei, l. ult. in princ. versic. hoc casu ff. de jurejur. l. mancipiorum ff. de option. legat. l* 1 *ff. quib. mod. usus. l. si ususfructus* 9. *§. illud, ff. usu fr. quem caveat.* & maximè cùm agitur de bonorum possessione, quæ est successio Prætoria, & solâ nititur autoritate, & jurisdictione Prætoris, ut in *l.* 1. *§. ult. & in l.* 2. *ff. si tab. testam. nulla exstab. l.* 1. *§. ibidem. ff. de collation. l.* 1. *ff. de ventre in poss. mitt. l.* 1. *§. si sub ea conditione, & l. si sub conditione* 5. *ff. de bonor. poss. secund. tabul. l.* 3. *§. si sub ea conditione. l. filium* 20. *ff. de bon poss. contra tab. l. ult. §.* 1. *ff. de leg it. praest.* Rectè igitur in nostra lege dixit Papinianus tueri vo-
6 luntatem defuncti: quia Prætor hæredibus scriptis in testamento dat bonorum possessionem secundùm tabulas, quæ cum re, & effectu est, filio abstinente, ut infrà probabimus; atque ita tuetur voluntatem defuncti, hoc est tuetur ipsum testamentum: ita enim usurpantur hæc verba in *l. si susceptο* 29. *in princ. ff. de inoffic. testam.*

III. Prætor in ea lege dat beneficium abstinendi filio præterito: beneficium enim abstinendi à Prætore datur. *§. sui autem in fin. Inst. tit. de hared. qual. & differ. l. necessariis ff. de acquir. vel omit. hared. l. nam nec emancipatus ff. de legat.* 1. ergo Prætor, cujus beneficio filius præteritus approbat testamentum paternum, debet idem testamentum confirmare, ac tueri.

Confirmatur, quia per beneficium abstinendi filius, qui jure Civili est hæres necessarius à Prætore, habetur quasi voluntarius. *l. nam nec emancipatus ff. de legat.* 1. 7
Quemadmodum igitur valeret testamentum, si præteritus esset hæres voluntarius; ita, quoad Prætorem, sustineri debet testamentum, in quo præteritus est is, qui quoad Prætorem est voluntarius.

Et licèt suus hæres pro voluntario non habeatur, si nolit uti beneficio Prætoris, quia Prætor dat hoc beneficium solummodò volentibus; *§. sui autem Instit. tit. de hared. qual. & differ.* tamen filium, qui abstinuit, hæredis loco non habet. *l. si filius* 12. *ff. de interrogat. in jure fac.* Nulla igitur est ratio, 8
cur à Prætore non sustineatur testamentum illud, in quo præteritus est ille, qui à Prætore non solùm habetur pro voluntario, sed etiam removetur ab hæreditate, & pro hærede non habetur. Absurdum enim esset à Prætore reprobari testamentum illud, quod nullo vitio laborat. An enim Prætor judicabit vitiosum esse illud testamentum, in quo testator non vocavit ad hæreditatem eum, quem Prætor ipse removit ab hære- 9
ditate? secum ipse pugnaret Prætor, si improbaret voluntatem testatoris non instituentis hæredem eum, quem ipse pro hærede non habet. Testator filium hæredem esse non vult: Prætor pariter eumdem hæredem esse non vult. Est igitur Prætoris voluntas consentanea voluntati testatoris. Quomodò ergò potest improbare voluntatem testatoris, & denegare bonorum possessionem hæredibus institutis?

Confirmatur evidentiùs, quia, quoties suus hæres jure Civili fit hæres voluntarius, valet jure Civili testamentum, & hæres institutus non repellitur ab adeunda hæredita-

te: ergo etiam, quoties suus hæres, quoad Prætorem, est hæres voluntarius, valebit jure Prætorio testamentum, & hæres institutus non repelletur à successione prætoria,
10 hoc est à bonorum possessione. Jure Civili suus hæres fit hæres voluntarius, quando à parente fuit hæres institutus sub conditione arbitraria. Potest enim parere conditioni, & hæres esse: potest & conditioni non parere, quo casu hæres non erit, & potiùs voluntate sua videbitur à se abdicasse hæreditatem, quàm à patre fuisse privatus. Quapropter, si non pareat conditioni, patrem intestatum non facit, & hæres institutus admittitur. *l. suus 4. ff. de hered. instit.* Jure Prætorio fit hæres voluntarius per beneficium abstinendi: *l. nam nec emancipatus ff. de leg. 1.* & abstinendo abdicat à se hæreditatem, & à Prætore pro hærede non habetur. *l. si filius 12. ff. d. interr. action.* Sicut igitur jure Civili hæres institutus in testamento admittitur, quando suus eo jure habetur pro voluntario, & à se abdicavit hæreditatem; ita jure prætorio debet admitti, quoties suus à Prætore habetur pro voluntario, & à se abdicavit hæreditatem beneficio Prætoris. Atque id tantò magis, quia in eo concurrit solùm ipsius voluntas abdicandi hæreditatem: in hoc præter voluntatem ipsius concurrit etiam jurisdictio Prætoris, cujus autoritate abstinet ab hæreditate. Quamobrem tenetur quodammodo Prætor approbare testamentum, quod filius Prætoris autoritate fictus approbavit.

IV. Testamentum, in quo præteritus est filius, licèt sit jure Civili nullum; *l. 1. ff. de injust. rupt. l. inter cætera ff. de suis & legit. hæred. l. maximum vitium C. de liber. præter.* tamen jure prætorio non est ipso jure nullum, etiamsi à Prætore improbetur, &
11 à filio impugnetur. Ac propterea Prætor adversùs hujusmodi testamentum dat bonorum possessionem contra tabulas. *§. sunt autem Inst. tit. de bonor. possess. §. emancipatos Instit. tit. de exhæred. liber. l. 1. ff. de bonor. possess. contr. tab* At bonorum possessio contra tabulas est ex testamento. *§. sunt autem Instit. tit. de bon possess.* Et per eam succeditur ex testamento, non ab intestato. *l. 1. §. ita autem ff. unde liberi. l. quis autem 6. §. hoc edictum ff. si quis om. caus. testam.* Imò bonorum possessio contra tabulas non datur, nisi testamentum sit validum, & saltem jure Prætorio subsistat. *l. si duobus 12. in fin. versic. & ita jus habet l. quod vulgò 21. ff. de bonor. possess. contr. tab. l. 1 §. si hæres ff. si tab. testam. null. exstab.* Igitur de jure Prætorio non est ipso jure nullum testamentum, in quo præteritus est filius. Et ratio duplex 12
est. Prima, quia Prætor in suo testamento non exigit pro forma institutionem, & exhæredationem liberorum, quæ solùm jure Civili exiguntur; sed sufficiunt signa septem testium. *§. sed prædicta Instit. tit. de testam. ordinan. l. cùm tabula & l. ut bonorum ff. de bonor. possess. cont. tabul.* Et ideò, licèt testamentum jure Civili ruptum fuerit propter præteritionem, tamen Prætor dat ex eo 13
testamento bonorum possessionem secundùm tabulas, ut ait Ulpian. *in fragment. tit. quemadm. testam. rump. Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet jure Civil ruptum, vel irritum factum sit, Prætor scriptis hæredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat.* Altera ratio est, quia, quòd lex improbat, potest esse ipso jure nullum, & pro infecto haberi. *l. non dubium C. de legib.* Quod verò improbat, & im- 14
pugnat Prætor, non fit ipso jure nullum, cùm Prætoris autoritas non habeat vim legis. Sunt enim hæc inter se contraria, fieri aliquid ipso jure, & fieri jure Prætorio, vel tuitione Prætoris. *l. 1 ff. quib. mod. ususfruct. amitt. l. 1. in fin. ff. de superfic. l. 1. §. penult. ff. quod falso tutor. l. si ususfructus 9. §. illud ff. ususfruct. quemadm. cav. princ. tit. Instit. de perpet. & temp. act.* Impugnat igitur Prætor testamentum, in quo præteritus est filius, non tamen illud rescindit, aut reddit ipso jure nullum, aut defunctum facit intestatum, ut aliàs luculentè demonstravimus.

Confirmatur, quia ratio, propter quam testamentum jure Civili nullum est præterito filio in potestate existente, tota est juris Civilis, & cessat jure Prætorio. Ratio enim,

cur testamentum ob præteritionem sit ipso jure nullum, nititur fictione juris Civilis, quod fingit filios etiam vivo patre quodammodo dominos bonorum paternorum, & continuationem dominii in filios mortuo patre, *l. in suis* 11. *ff. de liber. & posthum.*
15 ut suprà copiosè exposuimus. Hæc autem fictio, hæc continuatio à Prætore non attenditur: nam ipse in pari causa habet emancipatos, & existentes in potestate, & omnes eodem modo admittit ad successionem. *§. emancipatos Inst. tit. de exhared. liber.* & nemo acquirit Prætoriam successionem ipso jure, sed omnes petere debent & agnoscere bonorum possessionem. Itaque, cùm jus Prætorium suos hæredes non faciat; nec imponit necessitatem eos instituendi, aut exhæredandi, nec statuit, nullum esse testamentum, in quo præteriti fuerunt.

Item confirmatur, quia jure Civili testamentum nullum est, etiam cùm filius fuit institutus sub conditione, quæ non est in ejus potestate: cùm enim deficere possit, pro præterito habetur. *l. suus* 4. *ff. de hered. instit. l.* Lucius 83. *ff. de condit. & demonstr.*
16 *l.* 4. *C. de instit. & substit.* Et tamen ex hoc testamento Prætor dat bonorum possessionem secundùm tabulas: *l.* 2. *§.* 1. *ff. de bonor. possess. sec. tab.* quam bonorum possessionem dat solummodò jure scriptis hæredi-
17 bus, & utiliter institutis. *§. sunt autem Instit. tit. de bonor. possess. l. hi demum* 6. *ff. de bonor. possess. secund. tabul.*

His positis, cùm mortuo patre omninò deferri debeat ejus successio: necesse est ut deferatur aut successio ex testamento, aut ab intestato: neque enim ullum aliud est genus successionis. *§. ult. Instit. tit. per quas person. cuique acquiritur.* Non potest jure Prætorio deferri successio ab intestato, quia, cùm jure Prætorio subsistat testamentum, defunctus non decessit intestatus. *princ. tit. Inst. de hered. quæ ab int. l.* 1. *ff. de suis, & legit. hered.* Sequitur igitur ut deferatur successio ex testamento. Successio Prætoria ex testamento duplex est: contra tabulas, &
18 secundùm tabulas. *§. sunt autem Instit. tit. de bonor. possess.* bonorum possessio contra tabulas locum habere non potest, quia filius, cui competebat, abstinuit hæreditate. Superest igitur solummodò bonorum possessio secundùm tabulas. Nec potest Prætor aliam bonorum possessionem dare, si vult aliquam bonorum possessionem dare, ut semper dat.

V. Filio exhæredato valet jure Civili testamentum; & scriptis hæredibus ex testamento defertur hæreditas. *princ. tit. Inst. de exhæ-* 19
red. liber. princ. tit. Instit. de inoffic. testam. l. Papinianus 8. *§. si conditioni, versic. quoniam ff. de inoffic. test.* Atque id non aliâ ratione, nisi quia pater filium exhæredando avocat ab eo dominium bonorum paternorum, quod vivo patre habere fingebatur, eoque mortuo in ipsum continuatur, ut in superiore exposuimus. Atqui hæc continuatio non obtinetur jure Prætorio, sed tantùm fictione juris Civilis: & per beneficium abstinendi Prætor avocat à suo hærede dominium, sicut avocat testator eum exhæredando. Ergò, sicut filio exhæredato admittitur hæres institutus ad hæreditatem, ita filio abstinente debebit hæres institutus admitti ad bonorum possessionem: maximè cùm Prætor admittat ad bonorum possessionem hæredem institutum, quando filius fuit exhæredatus, & ab eo avocatum dominium à patre. Quantò magis eumdem igitur admittere debet, quando ipse dominium illud à filio avocavit?

VI. Prætor scriptis hæredibus dat bonorum possessionem secundùm tabulas, & sequitur judicium defuncti, quoties à liberis occupata non fuit bonorum possessio contra tabulas: quare, si aut tempus ejus petendæ fuerit finitum, aut eam repudiaverint, aut ante decesserint, vel jus petendæ bonorum possessionis amiserint, tunc revertitur bonorum possessio ad scriptos. Ita Ulpianus in 20
l. 2. *in princ. ff. de bonor. possess. secund. tab.* Idem Ulpian. *in fragm. tit. de possess. dand. Secundùm tabulas bonorum possessio datur scriptis hæredibus, scilicèt si eorum, quibus contra tabulas competit, nemo sit, aut petere nolit.* Et in titulo *quemadmod. testam. rumpantur: Si septem signis testium signa-*

tum sit testamentum, licèt jure Civili ruptum, vel irritum factum sit, Prætor scriptis hæredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator, & civis Romanus, & suæ potestatis, cùm moreretur, fuit: quæ bonorum possessio cum re, id est cum effectu habetur, si nemo alius jure hæres sit. Quare Imperator Alexander in *l. 2. C. de bonor. possess. contra tab.* ait, *bonorum possessionem secundùm tabulas locum habere non posse, si petita sit bonorum possessio contra tabulas*: quo tacitè innuit, quòd, si contra tabulas petita non sit, locum habet secundùm tabulas. Argumento text. in *l. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Ex quibus evidentissimè constat, quòd filio præterito abstinente, Prætor sequitur judicium defuncti, & dat scriptis hæredibus bonorum possessionem secundùm tabulas: nam quoties filius abstinet ab hæreditate, repudiat bonorum possessionem contra tabulas, & ejus petendæ jus amittit.

Imò in casu proposito in nostra *l. filio præterito ff. de injust. rupt.* in qua instituti fuerunt fratres abstinentis, habent illi bonorum possessionem contra tabulas, si velint, quia per filium præteritum committitur edictum,
21 etiamsi non petierit. *l. nonnumquam 14. & ll. seqq. ff. de leg. præst. l. si post mortem 10. §. ult. ff. de bonor. poss. contra tab.*

Denique in nostra *l. filio præterito ff. de injust. rupt.* testamentum non valet merâ juris subtilitate: ibi: *licèt subtilitas juris refragari*
22 *videatur*. sed quoties testamentum non valet juris subtilitate, sustinetur à Prætore per bonorum possessionem. Probatur id primò, quia si posthumus sit præteritus, & nascatur post conditum testamentum, statim rumpit testamentum, nec convalescit testamentum, etiamsi posthumus vivo testatore moriatur. *l. 2. C. de post. hered. l. si à primò 8. in fin. ff. de*
23 *liber. & post.* Quia tamen nimiâ juris scrupulositate, ac subtilitate ruptum videtur, bonorum possessionem secundùm tabulas accipere hæres scriptus potest. Sunt verba Ulpiani in *l. posthumus 12. ff. de injust. rupt.* Utrobique testamentum rumpitur præteritione sui hæredis: utrobique testamentum non valet juris subtilitate. Ex hoc testamento constat dari bonorum possessionem secundùm tabulas: cur non detur etiam ex illo?

Probatur alio exemplo. Si testamentum factum fuerit irritum capitis diminutione, 24
licèt tollatur capitis diminutio, & testator ad pristinum statum revertatur, tamen testamentum jure Civili non valet. Quoniam verò, si testator declaret se manere in pristina voluntate, & velle decedere eum eo testamento, sola juris subtilitas refragatur, Prætor tuetur voluntatem defuncti, & dat scriptis hæredibus bonorum possessionem secundùm tabulas. *l. qui ex liberis §. testamento. ff. de bonor. poss. sec. tab. §. alio autem modo*, juncto §. *non tamen Instit. tit. quib. mod. test. infirm.*

Alterum exemplum habetur in eâdem *l. qui ex liberis §. testamento.* Si quis posteriore testamento facto postremas tabulas incidisset, eâ mente, ut prius testamentum valeret; prius testamentum, licèt jure Civili non valeat, ruptum à posteriore, §. *posteriore Inst.* 25
tit. quib. mod. testam. inf. tamen sustinetur jure Prætorio, & datur à Prætore bonorum possessio secundùm tabulas scriptis in primo testamento. Alterum exemplum est in *posthumus 12. versic.* idem & circa injustum *ff. de* 26
injusto rupt. Animadvertendum autem est, quòd in superioribus exemplis, quantùm attinet ad jus Prætorium, testamenta illa verè non rumpuntur, aut irrita fiunt; sed scriptis hæredibus petentibus bonorum possessionem secundùm tabulas, aut obstat bonorum possessio contra tabulas, quam Prætor dat liberis præteritis; aut obstat exceptio mutatæ voluntatis. Obstat bonorum possessio contra tabulas, quia, quando liberi præteriti fuerunt in testamento sive posthumi, sive jam nati, Prætor æquissimum ordinem sequitur dando priùs bonorum possessionem contra tabulas liberis præteritis, mox secundùm tabulas scriptis hæredibus, cessante contra tabulas. Quare mortuo posthumo, aut filio præterito, aut eo abstinente, non reviviscit propriè testamentum, quod jure Prætorio numquam fuit extinctum, aut ruptum; sed tollitur impedimentum bonorum possessionis contra tabulas, quæ obstabat, quo minùs à

Prætore daretur possessio secundùm tabulas
scriptis hæredibus : *l.* 1. *C. de bonor. possess.*
contr. tab. l. 2. *in princ. ff. de bonor. possess.*
secund. tab. in qua sunt observanda verba
illa : *tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos.*
Revertitur ad scriptos, quia & ante non
erant penitùs exclusi, sed solùm obstabat ipsis
impedimentum bonorum possessionis contra
tabulas, quæ præfertur, ac prævertit bonorum
possessionem secundùm tabulas. Sublato
hoc impedimento revertitur ad eos bonorum
possessio, ad quam & anteà erant vocati.

Obstat exceptio, quoties aut testamentum
ruptum est posteriore testamento, aut factum
27 irritum capitis diminutione : quia jure Prætorio
verè non concidit testamentum, sed
scripto hæredi opponitur exceptio doli deficiente
voluntate testatoris, qui primam voluntatem
mutavit, cùm secundum condidit
testamentum, aut eum se dedit in arrogationem.
d. l. qui ex liberis §. *testamento.* Quoties
autem testator ad primam voluntatem regressus
est, aut incidendo secundum testamentum,
aut factus sui juris declarando voluntatem
suam, tunc infringitur illa exceptio,
& vires amittit : quia eam opponens nullum
jus habet, cùm opponat mutatam fuisse à
testatore voluntatem, qui eum eâ voluntate
decessit, & novâ voluntate primam voluntatem
confirmavit. Si testamentum concidisset,
nudâ voluntate revocari non posset,
sed necessarium esset novum testamentum.
Quia testamentum jure Prætorio non concidit,
sed solùm ope exceptionis infirmatur;
ad elidendam hanc exceptionem sufficit nuda
voluntas testatoris. Hæc sunt, quæ breviter
indicantur in *d. l. qui ex liberis.*

Ex his apparet, quòd, quando testamentum
non deficitur voluntate testatoris, sed
28 sola juris subtilitas refragatur, Prætor ex eo
dat bonorum possessionem secundùm tabulas:
quia Prætor in testamento solùm requirit signa
septem testium, & ut testator, cùm
moritur, sit civis Romanus, & suæ potestatis,
ut docet Ulpianus in *fragment. loco laudato.*
Illud etiam explorati juris est, ejusmodi
testamenta jure Prætorio nulla atque
inutilia non esse; sed vires non habere,
quamdiu ipsis obstat aliquod impedimentum
vel exceptionis, vel bonorum possessionis
contra tabulas; sublato autem impedimento
vires suas recuperare, & scriptos hæredes
cum re bonorum possessionem obtinere.

Expendamus modò, quid contrà possit
opponi. Primum autem illud est, quod non
debet esse in potestate cujusquam, ad quem
bona, & hæreditas alterius debeant pertinere,
quia institutio ex alieno arbitrio pen- 29
dere non debet. *l. illa institutio ff. de hæred.*
instit. & appositè ad rem nostram Justinianus
in §. *at hi versic. & ideò Instit. tit. de hæred.*
quæ ab int. ubi ait, quòd esset iniquum in
potestate patris adoptivi esse, utrum bona
patris naturalis ad liberos, an ad agnatos
debeant pertinere. Atqui, si filio præterito
abstinente convalesceret testamentum, esset
in potestate ipsius filii, utrum bona patris
ad scriptos hæredes pervenire debeant, an
ad hæredes ab intestato. Nam eo abstinente
admitterentur scripti hæredes, quia convalesceret
testamentum : eo non abstinente admitterentur
hæredes ab intestato, quia testamentum
corrueret. Atque adcò etiam institutio
ab ejus arbitrio penderet.

Sed facilis est, & prompta distinctio.
Iniquum profectò est poni in potestate cujusquam
extranei, qui nullum jus habet in 30
hæreditate, utrum ea ad hunc vel ad illum
pertinere debeat? nemo enim alienæ hæreditatis,
aut legati arbiter, & dator esse potest.
l. illa institutio ff. de hæred. inst. l. nonnumquam
ff. de cond. & demonstr. Et de hoc
casu agitur in laudato §. *at hi* 10. *Instit. de*
hæred. quæ ab int. defer. At verò non est iniquum,
ut ille, qui vocatur ad hæreditatem,
eam admittendo, vel non admittendo efficiat,
ut hæreditas, quam à se rejecit, ad
alium pertineat. Et ratio est, quia tunc hæres
utitur jure suo. Nam si est hæres voluntarius,
habet à lege jus deliberandi, & potest
vel adire, vel repudiare hæreditatem
pro suo arbitrio. §. *extraneis Instit. tit. de*
hæred. qual. & differ. l. 1. *ff. de jure delib.*
Si est necessarius, etsi hoc jus non habeat à
jure Civili, tamen habet à jure Prætorio,
quo ipsi tribuitur jus abstinendi; §. *sui autem*

Inst. de hered. qual. & differ. quo filius abstinens comparatur hæredi voluntario non adeunti. *l. nam nec emancipatus* 89. *ff. de legat.* 1. Ergò tam hæres voluntarius, qui repudiat, quàm suus hæres, qui abstinet, jure suo utuntur. An igitur iniquum erit quemquam jure suo uti? Pugnant hæc inter se: jure suo uti, & iniquè agere. Neque hæres, qui repudiat hæreditatem, arbiter
31 est, & dator hæreditatis. Licet enim eo repudiante fiat irritum testamentum, & hæreditas deferatur ad hæredes ab intestato, tamen illis non datur hæreditas ab ipso hærede, sed à lege. Hæres tantummodò repudiat hæreditatem, ad se pertinentem, quod cùm facit, jure suo utitur; cæterùm nihil disponit circa hæreditatem repudiatam: sed circa eam disponit ipsa lex. Disponit autem testamentum irritum fieri; eoque irrito facto vocat hæredes ab intestato. *l. 1. ff. de injust. rupt. princ. Instit. tit. de hered. quæ ab int.* Sicut igitur iniquum non est, hærede repudiante, deferri hæreditatem ad hæredes ab intestato; ita iniquum non est, filio præterito abstinente, deferri bonorum possessiones ad scriptos hæredes. Eo casu datur hæreditas à lege, non ab hærede repudiante: hoc casu datur bonorum possessio à Prætore, non à filio abstinente.

Addo jam, quòd non solùm hæres omittendo hæreditatem, ad se delatam, potest
32 in causa esse, ut hæreditas ad alios devolvatur; sed etiam aliquando in arbitrio hæredis est, utrum hæreditas ad hunc, vel ad illum potiùs sit devolvenda. Primùm enim, si in testamento, in quo quis hæres est institutus, datus fuerit à patre filio impuberi substitutus pupillaris; si hæres adeat, valet substitutio, & ad hæreditatem pupilli substitutus admittitur; si hæres repudiet, corruit pupillaris substitutio, & ab hæreditate pupilli substitutus excluditur, & admittuntur hæredes ab intestato. *l. 2. §. quisquis ff. de vulg. & pupill.*
33 Præterea, si pater, habens duos filios, alterum in potestate, alterum emancipatum; exhæredet filium in potestate, & prætereat emancipatum, & instituat hæredem extraneum; erit in potestate hujus hæredis extranei, utrum velit hæreditatem totam pervenire ad emancipatum, an verò pro dimidia devolvi etiam ad filium in potestate. Nam si hæres institutus adeat hæreditatem, subsistit exhæredatio, & excluso exhæredato emancipatus præteritus per bonorum possessionem contra tabulas auferet totam hæreditatem ab hærede instituto. Quòd si hæres institutus repudiet, fit irritum testamentum, fit irrita exhæredatio, & exhæredatus pro dimidia parte succedet ab intestato. Est igitur in potestate hæredis instituti, utrum velit exhæredatum admitti, an excludi ab hæreditate. *l. filium 20. in princ. ff. de bonor. possess. contra tab.* ubi eleganter ait Tryphoninus: *Erit ergo venale beneficium scripti hæredis extranei, ut, cùm ipse jure hæreditatis nihil sit consecuturus, adeundo repellat filium in potestate relictum, præstetque assem emancipato filio jure contra tabulas bonorum possessionis: si autem omiserit hæreditatem, in portionem bonorum exhæredatum effectum admittet jure factum solùm suum hæredem.*

Secundum est, quòd, quando præteritus est suus hæres, non succeditur ex testamento, sed solùm ab intestato etiam de jure Prætorio. Datur enim à Prætore bonorum possessio *unde* 34
liberi. l. ult. ff. de liber. & post. l. 1. in fine ff. Si tab. testam. null. exstab. Eâ autem datur solummodò ab intestato, & cùm certum est nullas tabulas exstare. *l. 1. §. 1. & 2. ff. eod. l. bonorum ff. unde liberi §. sunt autem Instit. de bonor. possess.* Ergò, cùm filius in testamento præteritus est, succedi non potest ex testamento.

Respondetur, leges illas ad rem nostram non pertinere, quia in illis non agitur de filio se abstinente, sed de filio se immiscente, qui vult patri succedere, improbatâ patris præteritione. Patet suum hæredem præterierat, emancipatum exhæredaverat. Exhære- 35
datus non habet bonorum possessionem contra tabulas, quia ea non datur exhæredatis. 36
l. non putavit 8. ff. de bonor. possess. contra tab. Præteritus autem, & potest dicere nullum testamentum jure Civili, & potest ipsum impugnare per bonorum possessionem contra tabulas jure Prætorio, si quidem velit adspi-

rare ad paternam hæreditatem. Si petat bo-
norum poſſeſſionem contra tabulas, quia eſt
ex teſtamento, *§. ſunt autem Inſt. tit. de*
37 *bonor. poſſeſſ.* ſubſiſtit exhæredatio, & ſolùm
ſupereſt exhæredato querela inofficioſi teſta-
menti, quâ poteſt patris teſtamentum im-
pugnare. *l. ſi poſt mortem §. exhæredati ff. de*
bonor. poſſ. contra tab. Si verò filius præteritus
utatur remedio juris Civilis, & dicat teſta-
mentum nullum, tunc nullius momenti eſt
exhæredatio, & uterque ſuccedit ab inteſta-
to, perindè ac ſi pater nullas tabulas reli-
quiſſet: ideò etiam Prætor dat eis bonorum
poſſeſſionem *undè liberi. d. l. 1. in fin.* Neutro
autem caſu poſſunt ſuccedere hæredes ſcripti
in teſtamento: quia filius præteritus non ap-
probavit, ſed impugnavit patris teſtamen-
tum; & vel jure Civili, vel Prætorio avo-
cavit à ſcriptis hæredibus hæreditatem. *l. fi-*
lium 10. in princ. ff. de bon. poſſ. contr. tab.

Tertium petitur ex *princ. tit. Inſt. de*
exhæred. liber. ubi ait legiſlator noſter, quod
ex teſtamento, in quo præteritus eſt filius,
nemo hæres exiſtere poteſt.

38 Facilis reſponſio. Sanè veriſſimum eſt, ex
teſtamento, in quo præteritus eſt filius,
neminem poſſe hæredem exiſtere. Cùm enim
jure Civili teſtamentum ſit nullum, non
poteſt eodem jure Civili ex eo teſtamento
hæreditas deferri. Imò etſi filius approbet
teſtamentum, tamen ex eo non deferetur
hæreditas, quia teſtamentum jure Civili non
convaleſcit, ut ſuprà demonſtravimus. Cæ-
terum non negat ibi Juſtinianus poſſe ali-
quem eſſe bonorum poſſeſſorem. Quamquam
eo caſu, de quo ibi agit Juſtinianus, neque
hæres, neque bonorum poſſeſſor eſſe poteſt
quiſquam ex teſtamento: quia ibi filius præ-
teritus non abſtinuerat paterna hæreditate,
nec teſtamentum patris approbaverat, ſed
mortuus erat ante teſtatorem. Adeoque id ad
rem noſtram non pertinet.

Poſtremum, quod maximè urget, petitur
ex noſtra *l. filio præterito ff. de injuſt. rupt.* ubi
ſupponitur filius præteritus abſtinens bonis
paternis. Non poteſt autem abſtinere ab hæ-
reditate teſtamentaria, quia in teſtamento
præteritus eſt. Abſtinet ergo ab hæreditate
ab inteſtato: non poteſt autem abſtinere ab 39
hæreditate, antequàm ei deferatur. *l. 1. §.*
decretalis ff. de ſucceſſ. edicto l. 10. qui hæres
13. in princ. ff. de acquir. hæred. Ergò delata
eſt filio hæreditas ab inteſtato: ſed hæc non
defertur, quamdiu locum habet ſucceſſio ex
teſtamento. *l. quamdiu ff. eod.* Ergò in caſu 40
noſtræ legis locum non habet amplius ſuc-
ceſſio teſtamentaria; ac proindè ſcripti hæ-
redes non poſſunt ex teſtamento ſuccedere.

Reſpondeo, hæc omnia veriſſima eſſe
inſpecto jure Civili. Hoc enim non defert
hæreditatem ex teſtamento, in quo præte-
ritus eſt ſuus hæres: nam cùm jure Civili
teſtamentum ſit nullum, non poteſt ex eo
teſtamento deferri hæreditas ſcriptis hæredi-
bus; ſed defertur filio hæreditas ab inteſta-
to. Multò aliter ſe res habet de jure Præto- 41
rio. Etenim cùm jure Prætorio teſtamentum
non ſit nullum, ut aliàs diximus, datur à
Prætore filio præterito bonorum poſſeſſio
contra tabulas, quæ eſt ex teſtamento. *§.*
ſunt autem Inſtit. tit. de bonor. poſſeſ. Filius
itaque bonis paternis abſtinere dicitur,
quando nec vult dicere teſtamentum nul-
lum, & hæreditatem ab inteſtato de jure
Civili ſuſcipere; neque vult petere bonorum
poſſeſſionem contra tabulas. Quoniam verò
bonorum poſſeſſio contrà tabulas eſt ex teſ-
tamento, & ideò non pugnat cum bono-
rum poſſeſſione ſecundùm tabulas; nihil
impedit, quo minùs Prætor filio eam non
petente det bonorum poſſeſſionem ſecun-
dùm tabulas ſcriptis hæredibus. *l. 2. §. ex-*
pectandi ff. de bonor. poſſeſ. ſecundùm tab.
Ulpian. *in fragm. tit. de poſſeſ. dand. Secun-*
dùm tabulas bonorum poſſeſſio datur ſcriptis
hæredibus, ſcilicèt, ſi eorum, quibus contra
tabulas competit, nemo ſit, aut petere nolit.
& tit. quemadm. teſtam. rump. Si ſeptem
ſignis teſtium teſtamentum ſignatum ſit, licèt
jure Civili ruptum, vel irritum factum ſit
Prætor ſcriptis hæredibus juxta tabulas bono-
rum poſſeſſionem dat, quæ cum re, id eſt,
cum effectu habetur, ſi nemo alius jure hæ-
res ſit.

Animadvertendum autem eſt, quòd olim,
quando filius abſtinebat hæreditate patris,

nemo alius jure hæres erat: nam neque in
42 suis, neque in agnatis jure Civili erat successio; & hæreditas semel tantùm à lege deferebatur, ac semel delata filio, non poterat alteri posteà deferri. *l.* 1. §. *sciendum* 8. *ff. de suis & legit. hered. l.* 2. *in princ. ff. eod.* §. *placebat autem*, *Instit. tit. de legit. agnat. succes.* Paul. *lib.* 4. *sent. tit.* 8. Igitur abstinente filio, nemo alius jure hæres est, & Prætor scriptis hæredibus dat bonorum possessionem juxta tabulas, & quidem cum re.

CAPUT XII.

Ad l. per procuratorem 90. *ff. de acquir. vel omit. hæred.*

SUMMARIUM.

1 *Bonorum possessio re ipsâ & effectu non differt ab hæreditate.*
2 *Bonorum possessor acquirit hæreditatem honorariam.*
3 *Differt quoad modum & formam acquirendi.*
4 *Bonorum possessio per alium agnosci potest, etiam per fœminam: & quare. n.* 19.
5 *Hæreditas per alium adiri non potest.*
6 *Hæreditatem cernere, & adire quid?*
7 *Aditio est actus legitimus: qui adit, lege agit. ib. n.* 9 *& n.* 21.
8 *Actus legitimus non potest per alium explicari, & solùm peragi potest apud Magistratum, penès quem legis actio est.*
10 *Aditio, & pro hærede gestio æquiparata sunt cretioni.*
Actus legitimi neque diem, neque conditionem recipiant; adeòque nec aditio. & n. 21.
11 *Olim legationes liberas hæreditatum adeundarum causâ Senatores impetrabant.*
12 *Senatores & eorum filii peregrè proficisci non poterant.*
13 *Qui mandat, ut adeatur hæreditas, hoc ipso eam adit & acquirit.*
14 *Hæreditas pro parte adiri, pro parte repudiari non potest.*
15 *Hæreditas aditur solâ animi destinatione, etiam tacitâ.*
16 *Hæreditas nobis ignorantibus non acquiritur.*
17 *Ne quidem à servis & filiis nostris sine jussu nostro speciali.*
18 *Nec sufficit ratihabitio subsequens.*
Excipitur bonorum possessio, & restitutio ex fideicommisso.
19 *Cur differat hæreditas à bonorum possessione & restitutione. & n.* 44.
20 *Si post mandatum agnoscendæ bonorum possessionis, antequàm agnoscatur, hæres incidat in furorem, nulla est agnitio.*
22 *Semel hæres non potest ampliùs desinere esse hæres.*
23 *Hæres acquirit dominium statim ministerio legis sine ullâ morâ.*
24 *Bonorum possessio potest esse in suspenso, non aditio.*
25 *Homo liber nobis acquirere non potest: & multò minùs hæreditatem.*
26 *Hæreditas civiliter acquiritur.*
27 *Tutor pro pupillo adire non potest. &* 29.
28 *Tutor facere potest pro pupillo etiam ea, quæ requirunt speciale mandatum.*
29 *Pupillus, etiam infans, ipse debet adire. &* 30.
31 *Nec curator furiosi adire potest.*
32 *Hæreditas ne momento quidem temporis residet in servo.*
33 *Dominus, & pater adire non possunt hæreditatem, servo, & filio delatam.*
34 *Institutio servi valet ex persona domini.*
35 *Filius & pater eadem persona censentur.*
36 *Etiamsi dominus ipse pro parte sit institutus, tamen adire non potest pro parte relictâ servo suo.*
37 *Adiri non potest hæreditas, non delata.*
38 *Qui adit, non desinit esse hæres etiamsi alii acquirat hæreditatem.*
40 *Procurator Cæsaris potest pro eo adire opulentam hæreditatem.*
41 *Sed hoc speciale est.*
42 *Procurator Cæsaris quis, & quod ejus officium, & autoritas.*
43 *Præponitur sententia Duareni: & confutatur in sequentibus.*
45 *Acceptilatio fieri potest per procuratorem, & quomodò?*
46 *Refertur sententia Ravardi, & refellitur.*
47 *Mancipari non poterant, nisi res propria ab ipso domino.*
Hæreditas ante aditionem mancipari non poterat.
48 *Nec post aditionem.*
Hæreditas intestata cedi poterat etiam ante aditionem, & quare.
49 *Opponitur testimonium Ciceronis: & explicatur nn. seqq.*
50 *Cretio libera quæ?*
51 *Dispositio hominis non potest refragari dispositioni legis.*
52 *In cretione filii necessarius erat Patris jussus.*
53 *Superior sententia Ravardi admittitur quodam in casu.*
54 *Veteres circuitione utebantur, ne recederent à regulis juris: & explicatur exemplis.*
55 *Cur inventa fuerit Aquiliana stipulatio.*
56 *Filius & servus jussu patris ac domini adeuntes, non adeunt procuratorio nomine.*
58 *Mandatum generale non sufficit ad adeundam hæreditatem.*
59 *Nec mandatum de hæreditate viventis.*
60 *Quo casu admitti possit communis sententia: & quomodo defendi possit.*

1 ETsi bonorum possessio re ipsâ, & potestate, atque effectu non differat ab hæreditate; *l. 2. ff. de bonor. poss. l. Prætor in omnibus ff. de reg. jur.* quia bonorum possessor amplectitur, & acquirit, & possidet hæreditatem; *l. ult. C. qui admitti l. si infanti §. parente C. de jure deliber. l. filium 60. ff. de acquir. hered.* nempe hæreditatem
2 honorariam; *l. 1. in fin. C. de secund. nupt.* quare agnoscendo bonorum possessionem fit hæres; *l. 1. C. unde liberi.* tamen agnitio
3 bonorum possessionis omninò differt ab aditione hæreditatis. Inter cætera illud est multò maximum discrimen, quod bonorum possessio agnosci potest per tutorem nomine pupilli, *l. servus 7. §. impubes ff. de bonor. possess. l. bonorum 7. C. qui admitti.* per curatorem, *l. ult. §. sin autem ex alia C. de curat. furios.* per procuratorem, *l. 3. § acquirere ff. de bonor. poss.* per alium quemlibet, etiam non habentem mandatum, *eod. §. ac-*
4 *quirere.* &, quod magis est; fœminæ etiam possunt pro alio petere bonorum possessionem: *l. servus 7. ff. de bonor. poss.* licèt pro alio postulare non possint. *l. 1. §. secundo loco ff. de postulando.*

5 Contra verò hæreditas per alium adiri non potest. Ipsa verborum significatio id satis demonstrat. Utebantur veteres verbis *cernendi* hæreditatem; *adeundi* hæreditatem; quia hæres ipse debebat in rem præsentem
6 venire. Hinc *adire*, & *cernere* hæreditatem dicebatur. In cretione enim hæc verba solemnia pronunciabat: *cùm me Mævius heredem instituerit, eam hæreditatem adeo, cernoque*, ut refert Ulpian. *in fragm. tit. qui hæred. institui possint.* Vetus Glossar. *Cernere* προσέρχεσθαι τῇ κληρονομίᾳ. Postquam verò Imperatores scrupulosam cretionum solemnitatem amputarunt in *l. cretionem 17. C. de jur. deliber.* mansit solummodo verbum *adeundi.*

II. Id ipsum demonstrat natura aditionis. Aditio hæreditatis est actus legitimus. *l.*
7 *actus legitimi 77. ff. de reg. jur.* Actus legitimus per procuratorem expediri non poterat. *l. nemo alieno 123. ff. de reg. jur. Nemo alieno nomine lege agere potest.* Lege agere, legis actio, actus legitimus, sibi invicem respondent. Ideò actus legitimi non pote- 8
rant explicari apud Magistratum, apud quem legis actio non erat. *l. 1. ff. de offic. Juridic. Alexandr. l. 4. ff. de adopt. l. 3. ff. de offic. Proconf.* Et lege agere dicebantur hæredes, qui adibant hæreditatem. Val. Max. *lib. 7. cap. 7.* de Terentio quodam: *Egregia*, inquit, *est C. Calpurnii Pisonis, Prætoris Urbani, constitutio. Cùm enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exhæredatum se, querelam detulisset; bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est.* Itaque 9
si adiens hæreditatem lege agit, & nemo potest alieno nomine lege agere; nemo etiam poterit alieno nomine adire hæreditatem.

Et, licèt sola cretio propter solemnitates, quibus peragebatur, actus legitimus fuisse videatur, tamen eamdem quoque vim, & naturam habet quælibet aditio, & pro hærede gestio: quia per eam, sicut per cretionem, ipso jure fit hæres, qui adit hæreditatem. *§. quos autem solus Inst. tit. de* 10
bonor. possess. Quod fit, ut, quemadmodum actus legitimi non recipiunt diem, & conditionem; *d. l. actus legitimi 77. ff. de reg. jur.* ita non recipiat hæreditatis aditio *l. eum qui duobus in fin. ff. de acquir. vel omit. hered. d. l. actus legitimi.* Nec à cretione differt pro hærede gestio, quàm cretioni æquiparavit D. Marcus. Ulp. *in fragm.* titulo modo laudato: *si sub imperfectam cretionem heres institutus sit*; *id est, non adjectis his verbis: si non creveris, exheres esto; sed si ita: si non creveris, tunc Mævius heres esto: cernendo quidem superior inferiorem excludit; non cernendo autem, sed pro herede gerendo in partem admittit substitutum, sed posteà D. Marcus constituit, ut & pro herede gerendo ex asse heres fiat.*

III. Hoc idem veterum monumenta confirmant: quæ legationes liberas hæreditatum adeundarum causâ Senatoribus datas fuisse restantur. Cicer. *in prima Agrar. contra Rullum*: *non videtis, hæreditatum obe-* 11

undarum causa, quibus vos legationes dedistis, qui, & privati, & privatum ad negotium exierunt, non maximis opibus, neque summa autoritate; tamen auditis profectò, quàm graves eorum adventus sociis vestris esse soleant. & lib. 3. de legib. Jam illud apertum profectò est, nihil esse turpius, quàm quemquam legari, nisi Reip. causa. Omitto quemadmodum isti se gerant, atque gesserint, qui legatione hereditates suas, aut syngraphas persequuntur. Quid est, quod legationes hæreditatum adeundarum causâ impetrabant, si poterant adire per procuratorem? maximè postquàm à Julio Cæsare, & Augusto fuit interdictum Senatoribus, eorumque filiis, ne peregrè proficiscerentur.
12 Sueton. *in Jul. Cæsar. cap. 42. Neu quis Senatoris filius, nisi contubernalis, aut comes Magistratus, peregrè proficisceretur.* Percommodè Lipsius in Tacitum legit: *Neu quis Senator, Senatorisve filius.* Dio *lib. 52. de Augusto*: προσαπεῖπε πᾶσι τοῖς βουλευταῖς, μὴ ἐκδημεῖν ἔξω τῆς Ἰταλίας, ἂν μὴ αὐτός τινι κελεύσῃ, ἢ καὶ ἐπιτρέψῃ· καὶ τοῦτο καὶ δεῦρο ἀεὶ φυλάττεται. *Vetuit omnibus Senatoribus extra Italiam peregrinari injussu, permissuve suo: atque hoc etiamnum servatur.* Suidas *de Claudio*: νόμον προὔθηκε, μὴ δύνασθαι βουλευτὴν ὑπὲρ ἑπτὰ σημεῖα τῆς πόλεως ὁδεύειν χωρὶς τῆς τοῦ βασιλέως κελεύσεως: *legem tulit, ne cui Senatori liceret ultra septimum ab urbe lapidem proficisci injussu Imperatoris.* Si potuissent aliter adire hæreditates, nulla causa fuisset concedendi has legationes ad hæreditatem adeundam.

IV. Demonstrat id etiam ratio evidens. Nam aut quis mandat procuratori, ut suo nomine adeat hæreditatem: aut non mandat, sed is sponte suâ adit sine ullo man-
13 dato. Si mandat procuratori, ut adeat, hoc ipso adit ipse hæreditatem. Nec operâ, aut ministerio procuratoris ampliùs opus est ad adeundam hæreditatem; per textum elegantissimum in *l. si ego & servus 26. ff. de acquir. vel omit. hæred.* ubi, si ego & servus instituti fuimus, & mandem servo, ut adeat hæreditatem, hoc ipso hæreditatem acquiro pro ea portione, pro qua fui institutus. Licèt enim animi mei destinatio quoad hæreditatem adeundam videatur solum respicere partem servo relictam, non verò partem, in qua ego fui institutus; tamen cùm hæreditas tota mihi acquiri debeat, tam quoad partem relictam servo, quàm quoad partem mihi relictam; & hæ- 14
reditas pro parte adiri, pro parte repudiari non possit: cùm pro parte hæres esse destinaverim, videor adivisse hæreditatem ex asse. *l. si ex asse 10. ff. de acquir. vel omit. hæred.* Facit. *text. in l. si quis mihi §. sed si mandavit. ff. eod. in l. cùm heres 52. § ult. in l. liber homo 59. §. si ita ff. eod. in l. si quis ita 33. ff. de hæredib. inst.* Solâ enim animi destinatione adimus hæreditatem, *l. si avia C. de jure delib. §. ult. Instit. tit de hæred. qual. & differ.* & sufficit etiam voluntas tacita, ut constat ex nostra lege *si ego 26.* & elegantissima proponuntur exempla in *l. qui in aliena 6. §. sed etsi non adierit ff. de acquir. vel om. hæred. in l. 4. C. de jur. delib. in l. filiusfam. 10. C de petit. hæred.* Cùm igitur etiam in mandato adeundi por- 15
tionem alii relictam contineatur destinatio sufficiens ad adeundam portionem sibi relictam; quantò magis eâ continebitur in mandato adeundi eam ipsam portionem? Si sufficit tacita illa destinatio, quantò magis sufficiet expressa?

Quòd si hæres non mandet procuratori, ut adeat hæreditatem, sed hic adeat sponte, sinè ullo mandato, erit omninò inutilis aditio. Nobis enim ignorantibus, aut 16
invitis hæreditas acquiri non potest. Hoc enim interest inter hæredes voluntarios, & necessarios: quòd necessarii fiunt hæredes ipso jure etiam ignorantes, & inviti: voluntarii verò non fiunt hæredes, nisi sua voluntate. *toto tit. Instit. de hæred. qual. & differ.* Itaque licèt servi nostri, & liberi in potestate existentes nobis acquirant etiam ignorantibus, & invitis penè ex omnibus causis, *l. etiam invitis l. acquiruntur 10. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. l. servus vetante ff. de V. S. §. item vobis Instit. tit. per quas person. nob. acquir.* tamen hæreditatem nobis non acquirunt, nisi jussu nostro eam adierint. *l. qui in aliena 6. si quis mihi bona 25.*

§. jussum ff. de acquir. hæred. l. acquiruntur 10. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. d. §. item vobis Instit. tit. per quas person. nob. acquir. Neque in hac re sufficit consensus patris, ac domini, sed requiritur mandatum, ac jussus præcedens ipsam aditionem. *d. l. si quis mihi bona. §. jussum.* Quare cùm agitur de adeunda hæreditate, semper fit mentio jussus, cujus natura est, ut actum præcedere debeat: jubemus enim quæ facienda sunt, non quæ jam facta fuerunt. *l. servus dotalis 58. ff. solut. matrim. l. si servus 7. in fin. ff. de hæred. instit. l. si ego & servus ff. de acquir. vel omit. hæred. d. l. acquiruntur 10. &*
17 *d. §. item vobis.* Nec sufficit jussus generalis de quacumque hæreditate deferenda, sed desideratur jussus specialis de certa hæreditate jam delata. *d. l. si quis mihi bona §. sed utrum, cum §. seq. ff. de acquir. hæred.* His positis constat, quòd cùm hæreditas sinè nostro mandato non acquiratur, ne quidem per eas personas, quæ nobis etiam ignorantibus, & invitis acquirunt; multò minùs acquiri poterit per liberas personas, quæ nobis sinè nostro consensu, aut mandato nihil possunt acquirere.

Nec illud dici potest, quod hæreditas nostro nomine nobis ignorantibus adita per ratihabitionem confirmetur exemplo bonorum possessionis, *l. 3. §. acquirere ff. de bonor. possess.* & restitutionis hæreditatis ex
18 fideicommisso. *l. servo invito 65. ff. ad SC. Trebellian.* Etenim cum in ipso servo, & filio, qui nobis ex ipsa legis dispositione omnia acquirunt etiam ignorantibus, & invitis, requiratur præcedens mandatum; multò magis id requiretur in aliis, nec ratihabitio sufficiet. Itaque in bonorum possessione agnoscenda, & in restituenda hæreditate fideicommissaria, in quibus sufficit ratihabitio subsequens, eâdem ratihabitio sufficit etiam in servo, & filio. *d. l. servo invito ff. ad S.C. Trebell. l. 1. C. qui admitti. l. qui in aliena 6. §. 1. ff. de acquir. hæred. l. servus 7. ff. de bonor. possess. l. ult. ff. quis ordo in bon. poss. serv.*

Non potest igitur duci argumentum à bonorum possessione, & restitutione fideicommissi ad hæreditatis aditionem. Primùm quia illæ desiderant aliquàm operam externam, quæ per alium expediri potest; non nuda voluntate acquiruntur. Bonorum possessio 19 petenda est à Judice: seu coram Judice agnoscenda est per testationem amplectendæ hæreditatis. *l. ult. C. qui admittit.* illa testatio complectendæ hæreditatis, alterius operâ, ac ministerio potest expediri. In restitutione fideicommissi necessaria est etiam voluntas restituentis, non sufficit sola voluntas fideicommissarii; itemque necessarius est actus restitutionis. Hæc exploratio voluntatis restituendi, & actus ipse restitutionis etiam per alium possunt explicari. Hos actus ab alio gestos potest hæres approbare, & ratos habere; per quàm approbationem acquirit hæreditatem, & in eum transferuntur omnia commoda, & incommoda hæreditaria. *l. 1. C. qui admit.* Contrà in hæreditatis aditione, quæ fit nudâ voluntate, nihil aliud requiritur, quàm voluntas ipsius hæredis. *l. si avia C. de jure delib. §. ult. Instit. tit. de hæred. qual. & differ.* Supervacanea est igitur omnis opera, & ministerium alterius cujuscumque personæ. Voluntas enim residet in ipso hærede, nec ab alio præstari potest. Probatur id exemplo ipsius bonorum possessionis, in cujus acquisitione duo requiruntur: factum petitionis, & voluntas hæredis. Factum petitionis explet procurator: voluntatem præstare non potest, etiamsi mandatum ab hærede acceperit. Quare si post mandatum hæres 20 in furorem incidat, nulla est petitio procuratoris, deficiente per furorem voluntate hæredis. *l. si quis alieni 48. ff. de acquir. hær.* In aditione igitur hæreditatis, in qua requiritur sola voluntas hæredis, nihil est, quod præstare possit procurator. His positis, si hæres approbet aditionem factam ab alio, fit quidem hæres per hanc approbationem, sed fit hæres sua voluntate, non per actum gestum à procuratore. Imò verè nec per approbationem fit hæres, sed per voluntatem expressam in approbatione, atque in ea contentam. Nam etsi improbaret aditionem ab alio factam, & declararet se ni-

hilominus hæredem esse velle, non eò minus hæres fieret.

Præterea, quia aditio hæreditatis est actus legitimus, qui neque tempore, neque conditione suspendi potest. *l. actus legitimi*
21 *77. ff. de reg. jur.* Non potest igitur expectari approbatio, seu ratihabitio hæredis: interim enim penderet ex incerto eventu aditio, quod est contra naturam aditionis. *l. eum qui solvendo §. ult. ff. de acquir. hered.* Aditio enim aut statim perfecta est, aut statim irrita est, & nulla, nec ex postfacto potest confirmari, aut convalescere. Bonorum possessio hæredem ipso jure non facit, sicut aditio. *§. quos autem solus Inst. tit. de bo-*
22 *nor. possess.* Qui autem per aditionem factus est ipso jure hæres, non potest amplius desinere esse hæres. *l. hereditas 34. ff. de hered. instit. l. ex facto 43. §. ult. ff. de vulg. l. ait Prætor 7. §. sed Papinianus ff. de minor. l. ei qui solvendo 88. ff. de hered. instit.* Itaque hæreditatis aditio statim sine ulla mora ipso jure operatur, & quidem perfectè, & immutabiliter, & ne momento quidem suspendi potest, quod & in legatis est constitutum. *l. ult. in fin. ff. commun. prædior.* Cùm enim ministerio legis dominium, & omne jus defuncti transferatur in hæredem, *l. more*, & *l. heres in omne ff. de acquir. hered.* lex nullum moram patitur, & statim perficit id, quod intendit. Differt igitur hac in re aditio hæreditatis à bonorum possessionis agnitione *l. servo invito 65. in princ.*
24 *ff. ad S. C. Trebell.* Non solùm enim petitio bonorum possessionis sæpè numero est in suspenso, & non statim producit effectum suum, ut in *l. si servus 10. ff. de bonor. poss. sec. tab. in l. 2. §. 1. ff. eod. in l. 3. §. si sub ea conditione ff. de bonor. possess. contra tabul. l. ult. in fin. ff. de bonor. possess. sec. tab.* sed aliquando etiam non habet effectum, & dicitur possessio sine re, quia titulo tenus est bonorum possessio, cùm sit sine effectu. *l. filiis C. de inoff. testam.* Ulpian. *in fragm. tit. quemadm. testam. rump.* hæreditas autem numquam est sine re: numquam ne momento quidem temporis sine effectu esse potest. Constat igitur, quod neque cum nostro mandato, neque sine nostro mandato per alium nobis acquiri potest.

V. His accedunt leges, in quibus id disertè constitutum est. In *l. homo liber. 54. ff. de acquir. rer. dom. homo liber hereditatem nobis acquirere non potest.* Ratio est in promptu. Per liberam enim personam nihil nobis 25
acquiri potest. *l. 1. C. per quas person. nobis acq. §. ex his itaque Instit. tit. per quas person. cuique acquir.* Et licèt ea, quæ naturaliter acquiruntur, etiam per liberam personam acquirantur; tamen ea, quæ acquiruntur civiliter per liberam personam, acquiri non possunt. *l. ea quæ civiliter ff. de acquir. rer. dom.* Constat autem, hæredita- 26
tem civiliter acquiri; cùm nuda voluntate legis ministerio in nos transferat omne jus hæredis, & etiam dominium rerum hæreditariarum sinè ullo facto apprehensionis. *l. heres in omne ff. de acquir. rer. dom.* Et hæreditas ipsa tota est juris Civilis: est enim persona ficta à jure Civili, personam defuncti repræsentans, seu successio in universum jus defuncti, *l. hereditas ff. de reg. jur.* & nomen juris est. *l. pecunia §. hereditas ff. de verb. signif.* Quod cùm non probaret Seneca, irridet Jurisconsultos *lib. 6. de benef. cap. 6. Jurisconsultorum istæ acutæ ineptiæ sunt, qui hereditatem negant usucapi posse; sed ea quæ sunt in hæreditate: tamquam quicquam aliud sit hereditas, quam eâ, quæ in hæreditate sunt.* Verè autem apud Jurisconsultos aliud est hæreditas, aliud res hæreditariæ. Hæreditas enim est incorporalis, & in jure consistit, *l. 1. §. 1. ff. de rer. divis.* & est universitas quædam, quâ omnes res hæreditariæ continentur.

VI. In *l. potuit 5. C. de jure deliber.* responsum fuit ab imperatoribus, ne tutorem quidem nesciente pupillo potuisse hæreditatem pro pupillo adire. Si non potest tutor, 27
qui in rebus pupillaribus administrandis domini loco habetur; *l. interdum §. qui tutelam ff. de furt. l. tutor qui 27. ff. de admin. tut.* multò minus poterit procurator, qui minus juris habet, quam tutor. *l. mandato 60. ff. de procur.* junctâ *d. l. interdum §. qui tutelam ff. de furt.*

Nec potest responderi, quòd tutor non
poterat adire, quia non habebat manda-
tum adeundi, quemadmodum nec procu-
rator potest adire sine speciali mandato. Ita-
que par esse videtur causa tutoris, qui ad
adeundum indiget voluntate pupilli; *d. l.
potuit in princ.* & procuratoris, qui indi-
get mandato.

Primùm enim animadvertendum est,
quòd tutor non indiget mandato, aut vo-
luntate pupilli in administrandis ejus rebus,
cùm habeat jus, & facultatem ab ipsâ le-
ge, ut constat ex definitione tutelæ, quæ
dicitur jure Civili data, ac permissa. §. 1.
28 *Instit. tit. de tutel. l. 1. ff. eod.* Et ideo etiam
eâ facere potest vi suæ potestatis, quæ in
procuratore speciale mandatum requirunt.
l. procurator. 60. ff. de procurat. junctâ *l. in-
terdum 56. §. qui tutelam ff. de furt.* Itaque
si hæreditatis aditio posset per alium expe-
diri, utique posset à tutore.

Præterea observandum est, quod in lau-
data *l. potuit 5. C. de jure delib.* exigunt Im-
peratores, ut ipse pupillus adeat, cùm exi-
29 gant aut ejus voluntatem, aut pro hærede
gestionem, quibus modis aditur hæreditas.
§. ult. Instit. tit. de hæred. qual. & differ.

Nec solùm pupillus ipse adire debet, si
intelligat id quod agit; sed etiam, si sit in-
fans. *l. servo invito §. si pupillo. versic. sive
30 enim ff. ad SC. Trebellian.* ubi notandum est
discrimen inter bonorum possessionem, &
hæreditatem. Bonorum possessionem agnos-
cit tutor pro infante: hæreditatem adit ipse
infans pro hærede gerendo autore tutore.
Quid ita? quia bonorum possessio per alium
agnosci potest: hæreditas adiri non potest.
Quorsum desiderare actum, ac pro hærede
gestionem infantis, qui nullum habet in-
tellectum, *§. sed quod diximus Inst. tit. de
inut stip. l. 1. §. huic proximus ff. de oblig.
& act.* nisi quia per tutorem adiri non po-
test hæreditas?

VII. Idem fuit constitutum in curatore
furiosi, cui ne Justinianus quidem, qui
omnes juris regulas insuper habuit, facul-
tatem adeundi dare voluit, sed solùm
agnoscendi bonorum possessionem. *l. ult. §.
sin autem ex alia C. de curat. furios. vel pro-
dig.* Quod à Legislatore nostro sancitum 31
fuit ad sedandas veterum controversias,
cùm quidam existimarent furioso non defer-
ri hæreditatem, *l. 1. §. furiosi ff. de success.
edict.* eumque commodum hæreditatis ac-
quirere non posse. *l. furiosus ff. de acquir.
vel om. hæred.*

VIII. Cùm hæreditas servo delata debeat
acquiri domino, adeò ut ne momento qui- 32
dem temporis consistat in servo, *l. placet
79. ff. de acquir. hæred.* consentaneum om-
ninò videretur, ut si per alium posset adi-
ri hæreditas, utique posset adiri ab ipso
domino, cui statim acquiri debet: & ta-
men ne dominus quidem potest adire hære-
ditatem servo relictam, sed ipse servus ju- 33
bente domino adire debet; & si servus no-
lit adire, compellendus est. *l. 1. §. quid er-
go ff. si quis omis. caus. testam.* Quod & in
filio constitutum est. *l. Julianus 26. ff. eod.*
Nec ad acquirendam hæreditatem quic-
quam proficit domini jussum sine facto ser-
vi adeuntis. *l. Antistius §. 1. ff. de acquir.
vel om. hæred.*

In domino duo concurrunt ad præstan-
dam ei facultatem adeundi: & quòd ipsi
statim acquiri debet hæreditas, & quod
institutio servi valet ex ejus persona, quæ
sola inspicienda est. *l. non minus 31. ff. de* 34
hæred. inst. l. debitor. 82. §. ult. ff. de leg. 2.
Duo etiam concurrunt in patre: & quod
ad eum perventura est hæreditas, & quod
eadem persona cum filio censetur. *l. ult. in
fin. C. de impub. & aliis substit. l. ne cum
filio 16. ff. de furt.* Et tamen neque domi- 35
nus pro servo, nec pater pro filio adire po-
test: & filius ipse adire debet, etiamsi sit
expers consilii. *l. more. in fin. ff. de acquir.
hær.* Et quod magis est, etiamsi dominus 36
pro parte fuerit institutus, & eam partem
adierit, tamen non acquirit partem relic-
tam servo suo, sed necesse est, ut eum adi-
re jubeat. *l. si ex sua 36. ff. de acquir. hæred.*
Adeo verum est, hæreditatem ab alio ac-
quiri non posse, si ei delata non sit. Atque
id meritò constitutum est: ut enim quis
possit adire hæreditatem, necesse est, ut

priùs ei delata fuerit. *l. si quis extraneus* 21.
37 §. 1. *ff. de acquir. hered.* Quantò minùs igitur adire poterit procurator, cui neque delata est, *l. delata* 151. *ff. de V. S.* neque acquiri debet?

Præterquàm quòd si procurator adiret hæreditatem, hæreditas per ejus personam ad hæredem transmitteretur: & licèt in per-
38 sona ejus nullo momento consisteret, tamen ipsum faceret hæredem, quia hæreditas infigitur ossibus adeuntis; & licèt aliò transeat, tamen ille non desinit esse hæres. *l.* 3. *& l. qui liberis* §. *ult. ff. de vulg.*

IX. Denique de hac sententia dubitari non sinit text. in *l. per procuratorem* 90. *ff. de acquir. hered.* ibi: *per procuratorem hæreditatem adiri non posse.* Non poterat dici clariùs. In Pandectis Florentinis legitur: *per curatorem.* Sed si non potest acquiri per curatorem,
39 multò minùs per procuratorem: tum quia plus juris habet curator, quàm procurator, ut suprà diximus; tum quia ille habet potestatem à lege, hic ab homine; tum quia major urgebat necessitas hanc facultatem concedendi curatori, qui administrat res furiosi, aut prodigi, qui hâc in re non habent intellectum, & furiosum exitum faciunt; *l. hi qui* 12. *in fin. ff. de tutor. & curat. dat.* aut minorum, quorum est infirmum, ac imbecille consilium; *l.* 1. *ff. de minor.* quàm procuratori, qui administrat res ejus, qui sanæ mentis est, & perfecti judicii, & ope procuratoris non indiget ad hæreditatem adeundam. Quorsum enim operam procuratoris, & opem imploret, qui nudâ voluntate potest adire? Qui autem legem hanc restringunt ad casum de quo in *l. cùm in una* 17. *in fin. ff. de appellat.* nempè ad curatorem datum pupillo, utique maximam vim faciunt legi generali, eam referentes ad unicum tantùm casum, qui rarissimus est.

Enimverò, ut dicam, quod sentio, etsi Pandectarum Florentinarum apud me magna sit autoritas, tamen hîc magis mihi arridet lectio vulgata. Primùm quia in ea lege agitur de eo, qui mandato alterius adit hæreditatem, ut constat ex §. sequenti, quod convenit procuratori, non autem curatori; prætereà quia in *l.* 1. §. *ult. de off. Procur. Cæsar.* ait JC. *hoc præcipuum esse in procuratore Cæsaris, ut miscendo se opulentæ hæreditati Cæsarem hæredem faciat*: quod demonstrat, 40
in aliis procuratoribus aliud cautum fuisse.

Et quamvis quidam putent, hoc solùm singulare esse in Procuratore Cæsaris, ut possit adire sine speciali mandato, tamen id falsum videtur, quia sine speciali mandato adire potest solummodò opulentam hæreditatem: cæterùm si hæreditas solvendo non 41
sit, Cæsarem consulere debet, & ejus voluntatem explorare. *l.* 2. *ff. de off. Procurat. Cæsar.* Utrumque autem in eo præcipuum esse videtur, non solùm, quòd possit miscere se opulentæ hæreditati sine mandato, sed etiam, quòd hæreditatem non opulentam adire possit cum speciali mandato. Utrumque enim continetur eâdem oratione, licèt in diversis legibus; adeòque ad utrumque casum pertinent illa verba: *hoc est præcipuum*, & utrumque casum complectuntur.

Nec sine causa hæc singulariter Procuratori Cæsaris concessa fuerunt. Neque enim Procurator Cæsaris erat simplex procurator, cujusmodi sunt procuratores privatorum, nullum jus habentes præter mandatum administrandi, quod privati à privato accepe-
runt. Procurator Cæsaris jurisdictionem ha- 42
bebat, & fisci jura tuebatur, & fiscales causas judicabat; *l. cùm hi* §. *transactiones ff. de transact. l.* 2. *si adversùs fisc. l. nec quicquam. in princ. ff. de offic. Procons. l. si heredum C. de transact.* & adversùs ejus sententiam solus Princeps restituere poterat *l.* 1. *C. ubi & apud quem restit. in int.* Et licèt jus deportandi vel relegandi non haberet, *l. ult. ff. de offic. Procur. Cæsar. l.* 2. *C. de pœn.* nec mulctæ indicendæ, *l. procuratores* 2. *C. de modo mulctar.* tamen Dio *lib. histor.* 57. videtur ipsi aliquam partem imperii tribuere. Καπίτωνα, τὸν τῆς Ἀσίας ἐπιτροπεύσαντα, ἐς τὸ συνέδριον ἐσήγαγε, καὶ ἐγκαλέσας αὐτῷ, ὅτι στρατιώταις ἐχρήσατο, καὶ ἄλλα τινὰ, ὡς ἀρχὴν ἔχων, ἔπραξεν, ἐφυγάδευσεν. οὐ γὰρ ἐξῆν τότε τοῖς τὰ αὐτοκρατορικὰ χρήματα διοικοῦσι πλέον οὐδὲν ποιεῖν, ἢ τὰς νενομισμένας προσόδους ἐκλέγειν,

καὶ

καὶ περὶ τῶν διαφορῶν ἔν τε τῇ ἀγορᾷ, καὶ κατὰ τοὺς νόμους ἐξ ἴσου τοῖς ἰδιώταις δικάζεσθαι. *Capitonem Asiæ Procuratorem in Senatum introduxit, & ipsum accusans, quod militibus usus esset, & alia gessisset perindè ac si imperium haberet, exilio mulctavit. Tunc enim non licebat iis, qui res Principis administrabant, quicquam aliud facere, quàm legitima vectigalia exigere, & in foro controversias æquo cum privatis jure judicare.* Loquitur autem historicus de Tiberio: itaque post Tiberium non omnino expertes imperii fuisse videntur. Quin & eorum sententias majorem vim habuisse, quam aliorum Judicum, probabile est, quia autoritate Senatus nitebantur. Sueton. *in Claudio cap. 12. Claudius à Senatu, ut rata essent, quæ procuratores sui in judicando statuerent, precariò exegit.* Quo factum puto, ut adversus eorum sententiam solus Princeps posset restituere. *l. 1. C. ubi & apud quem in int. restit.* Quamobrem duci non potest argumentum à Procuratore Cæsaris ad alios procuratores.

Hæc ideò accuratius, quam res ipsa postulabat, persequuti fuimus, ut constet, quam temerè Duarenus affirmaverit hanc sententiam nulla auctoritate, aut ratione niti. Ac miror Virum doctissimum in contrariam sententiam perductum fuisse argumento admodum futili, ac propè nullius momenti. Fatetur enim se à recepta, & communi opinione recessisse, quia procuratoris usus permissus est in omnibus negotiis, nisi in quibus id exceptum reperitur. *l. 1. ff.*
43 *de procur.* At nullo jure id excipitur: nulla lex proferri potest, in qua id exceptum reperiatur de hæreditatis aditione. De bonorum possessione id certum est *ex l. 3. §. acquirere ff. de bonor. possess. l. qui ita 66. §. 1. ff. ad SC. Trebell.* sunt ejus verba.

Primùm negatur hæreditatis aditionem negotium continere, aut desiderare operam alicujus, vel ministerium personæ: cùm solâ voluntate adeatur, & ipsum mandatum adeundi sit aditio, *l. si ego & servus ff. de acquir. hæred,* ut suprà probavimus satis copiosè.

Prætereà negamus hujusmodi actum non fuisse exceptum. Nam & natura ipsa aditionis, & ratio evidens, & legum autoritas hunc actum eximit è numero eorum, in quibus opera procuratoris potest adhiberi. Sed hæc omnia hic repetere opus non est, cùm à nobis sint hactenus luculenter explicata.

Nec obstat quod bonorum possessio per procuratorem agnosci possit, & hæreditatis fideicommissariæ restitutio alteri fieri. Etenim non posse hac in re duci argumentum à bonorum possessione, & hæreditatis fidei- 44
commissariæ restitutione ad aditionem hæreditatis, disertè traditum est à veteribus in *l. qui in aliena 6. in princ. & in §. 1. ff. de acquir. hæred. & in l. servo invito 65. in princ. ff. ad SC. Trebell* Qua de causa autem inter se differant, suprà expositum est satis accuratè.

Sed opponi potest, quod, licèt aditio hæreditatis sit actus legitimus, tamen hoc non videtur impedimento esse, quominùs fieri possit per procuratorem. Nam & accep- 45
tilatio est actus legitimus: *l. actus legitimi 77. ff. de Reg. jur.* & tamen fieri potest per procuratorem, si speciale mandatum intervenerit. *l. per procuratorem 3. ff. de acceptil.*

Respondetur acceptilationem fieri posse per procuratorem, non quidem directò, sed quodam quasi circuitu: nam procurator debet novare obligationem, & in se transferre, per quam novationem debitor liberatur: ipse autem debet deinceps à creditore per acceptilationem liberari ab obligatione, quam in se transtulit. *l. & per jusjurandum 13. §. tutor ff. de acceptil.* Hic autem circuitus vix potest locum habere in hæreditatis aditione. Doctissimus & eruditissimus Rævardus *de autor. prudent. cap. 5.* simile 46
quiddam in hæreditatis aditione ingeniosè commentus est. Ait enim, interpositâ fiduciâ hoc fieri potuisse. Nam si hæres mancipasset hæreditatem procuratori suo, abjectâ remancipationis clausulâ, hoc est, eâ fiduciâ, eâque lege, ut aquisitam hæreditatem remanciparet hæredi; procurator poterat adire, & per aditionem sibi acquirere hæreditatem, quam posteà tenebatur mancipare hæredi, seu in eum mancipio transferre.

Sed explicatu difficile est, quomodo mancipari posset hæreditas ab hærede, antequam
47 eam adiret, & acquireret. Erat enim mancipatio species alienationis: adeoque mancipari poterant solum ea, quæ erant in dominio mancipantis. Ulpian. *in fragm. tit. de dominiis & acquis. Mancipatio propria species alienationis est, & rerum mancipi, eaque fit certis verbis, libripende, & quinque testibus præsentibus*. Boët. *in Topic. Ciceron. Mancipatio erat species alienationis adhibitis quinque testibus, civibus Romanis puberibus, & libripende*. Eleganter Plaut. *in Curculion.*

—— —— Ego ne ut ab lenone quicquam.
Mancipio accipiam, quibus suum nihil est, nisi una lingua,
Qui abjurant, si quid creditum est? alienos mancipatis,
Alienos manumittitis, alienisque imperatis.

Mancipatio enim transferebat dominium de jure Quiritium, nempe dominium legitimum, atque perfectum. Quò pertinet illud Poëtæ Lucretii *lib. 3.*

Vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu.

Unde sumpsit Arnob. *lib. 2. adversf. gent. Usu & illis est vita, non mancipio tradita*. Eleganter Cic. *lib. 7. epist. famil. Cujus quando proprium te esse scribis mancipio, & nexu, meum autem usu, & fructu, contentus isto sum*. Curius *ad Ciceronem epist. famil. lib. 7. Ergo fructus est tuus, mancipium illius*. Horat.

Si proprium est, quod quis libra mercatur, & are.

Itaque res non poterat mancipari nisi à domino.

De eo etiam dubitari posset, an hæreditas mancipari possit. Certè ab Ulpiano *in fragm.*
48 *titulo laudato*, non recensetur inter res mancipi, nec dicitur eam mancipari posse, sed solum notatur, eam in jure cedi posse: qua in re illud est animadversione dignum, quod hæreditas ab intestato cedi potest etiam antequam adeatur. In cessione non est necesse, ut res, quæ ceditur, mancipi sit: & ideo etiam prædia provincialia, quorum dominium legitimum haberi non poterat, cum eorum proprietas ad populum, aut Principem spectaret, cedi poterant, ut ibidem notat Ulpianus. In mancipatione autem necesse erat, ut, qui mancipabat, plenum ac legitimum rei dominium haberet, & ideo res non mancipi non poterant mancipari. Quo in numero fuisse puto etiam res incorporales exceptis servitutibus prædiorum rusticorum. Ideo autem hæreditatem legitimam etiam non aditam cedi potuisse existimo, quia cum ad eam hæres vocetur à lege, per cessionem ejusdem legis ministerio in ejus locum subrogatur is, cui ceditur hæreditas. Hinc rectè ait Ulpianus: *Si, antequam adeatur hæreditas, in jure cessa sit, perindè heres fit, cui cessa est, ac si ipse hæres legitimus esset.*

Quoniam in hæc incidimus, respondendum est alteri argumento, quod infirmat, ac labefactat sententiam, quam suprà constituimus, nosque in eas adigit angustias, ex quibus vix ulla patet evadendi via. Nititur illud autoritate Ciceronis *epistol. 44. lib. 13. ad Attic.* ubi ait: *Ex eo cognovi cretionem* 49
C. Livii liberam testibus præsentibus sexaginta duobus. Metuebam, ne ille arcessendus esset: nunc mittendum est, ut meo jussu cernat. & *Epist. 45. Idem Pollex remittendus est, ut ille cernat.*

Hotomannus ait, liberam fuisse cretionem, quia testator dederat facultatem hæredi vel per se, vel per procuratorem adeundi; legit autem: *testibus præsentibus, sexaginta diebus*. Quare non potest dici libera ratione tempo- 50
ris, quia certum tempus erat præscriptum. Solum igitur cretio libera erat, quia testator facultatem dederat cernendi per procuratorem.

Sed non facile admiserim, potuisse testa- 51
torem sua dispositione refragari juris dispositioni, & solemnibus actus legitimi, contra text. in *l. quod bonis 15. §. 1. ff. ad leg. Falc. in l. nemo potest ff. de legat. 1. in l. jus Publicum ff. de pact.* Nec possum omninò probare illam lectionem, licet ab aliis quoque recepta sit. Quorsum enim testes nominavit Cicero, si numerum eorum non adjecit? Quis ignorat, cretionem factam fuisse præsentibus testibus, nec aliter fieri potuisse? Supervacanea igitur est illa adjectio testium,

aut dispositio circa testes , nisi numerus eorum præscribatur. Quis hæredem hodie instituit adjecta lege , ut hæreditatem adeat , vel nuda voluntate, vel pro hærede gerendo? Ridicula esset hæc dispositio. De hoc jus disponit , non testator.

Duo itaque mihi videntur esse perfugia. Alterum , quod tutissimum est , ibi institutum fuisse filium , aut filiam Ciceronis , qui
52 jussu ejus cernere debebant. Nam & in cretione jussus patris erat omninò necessarius. Extat Antonini constitutio in Codice Gregoriano his verbis : *Si in potestate patris fuisti , cùm hæreditas Bassa tibi obvenit , eamque jussu patris crevisti , jure patriæ potestatis ei eam quæsisti.* Nec contrarium suadent illa verba Ciceronis : *nihil à nobis legavit.* Nam cum hæreditas patri statim acquiratur , *l. placet ff. de acquir. vel om. hæred.* ipse pater solvit legata.

Alterum est , quod ibi Ciceroni datus erat cohæres Titus Hordeonius , quo casu potest aliquatenus defendi sententia doctissimi Ræ-
53 vardi , quam modo impugnavimus. Potest enim quis cohæredi mandare , ut adeat totam hæreditatem , adhibitâ fiduciâ , ut sibi postea mancipet , aut cedat portionem ad se pertinentem. Illud enim mandatum continet repudiationem mandantis : quò fit , ut ejus pars accrescat cohæredi adeunti. *l. qui ex duabus 52. §. ult. ff. de acquir. hæred. l. unic. §. his ita C. de caduc. tollen.* Itaque partem acquisitam potest postea in jure cedere , aut alio modo transferre in cohæredem. Veteres , ne recederent à regulis juris , sæpènu-
54 mero his circuitionibus utebantur. Exempla sunt : primum in acceptilatione , in qua procurator prius transfert obligationem in se ipsum , deinde à creditore liberatur per acceptilationem : *l. & per jusjurandum §. tutor ff. de acceptilat.* qua de re uberius supra. Alterum in veteri mancipatione, in qua venditor fundum venditum mancipabat procuratori : procurator fundum mancipio acceptum remancipabat emptori: ut docet Cicero eodem libro. 13. *ad Atticum ep.* 48. *Vestorius ad me scripsit , ut juberem mancipio dari servo suo pro mea parte Heterio cuidam fundum Brinnianum , ut ipse ei Puteolis rectè mancipio dare posset. eum servum , si tibi videbitur , ad me mitte.* Ergo Cicero mancipat fundum servo. Vestorii ad se misso ; servus acquirit fundum domino suo Vestorio ; Vestorius mancipat emptori Puteolis. Hùc etiam pertinet illud ex *epist. 5. ad Attic. lib. 10. Ad me nuper , se HS.* xxx. *emisse* : (diversorium) *ut scriberem , cui vellem addici. Diem pecuniæ Id. Novembr. esse rescripsi.* Hoc circuitu sæpè veteres utebantur , ne recederent à regulis juris. Simile quiddam apparet in Aquiliana stipulatione. Naturæ conveniens est , unumquodque eo genere dissolvi , quo & ligatum est. *l. nihil tam naturale ff. de reg. jur.* Idcircò obligationes , quæ verbis contractæ non erant , verbis dissolvi non poteranr. *l. an inutilis 8. §. acceptum ff. de acceptil. §. item per acceptilationem Instit. tit. quib. mod. toll. oblig.* Ne recederent ab 55
hac regula Jurisconsulti , statuerunt solummodo obligationes verbis contractas per acceptilationem tolli posse. Quod rectâ viâ fieri non poterat , per circuitionem assequutus est Gallus Aquilius , inventâ Aquilianâ stipulatione , per quam obligatio quocumque modo contracta transfunditur in obligationem verborum , & postea tollitur per acceptilationem. *l. & uno 18. §. 1. ff. de accept. § est autem. Inst. tit. quib. mod. toll. oblig.* Et in cernenda hæreditate similem quemdam circuitum usurpasse non est improbabile.

Jam verò ad alia progrediamur. Filius , & servus adeunt hæreditatem jussu mandatoque patris , ac domini. *l. qui in aliena 6. l. si quis mihi §. sed quid si mandavit ff. de acquir. hæredit.* Sed qui mandato alterius aliquid gerit , procurator est. *l. 1. & toto tit. ff. de procurat.*

Facilis , & expedita distinctio. Procurator est , qui gerit aliquid mandato alterius , & ejus nomine ; non verò qui gerit nomine proprio , licet id gerat , ut alicujus præceptis obtemperet. Patris , ac domini jussus est , 56
non mandatum , quale est illud procuratoris. *l. si quis mihi 25. ff. de acquir. hæred. l. si*

ego & servus ff. eod. l. servus dotalis 58. *ff. solut. matrim. l. si servus* 7. *in fin. ff. de hared. inst. l. acquiruntur.* §. 1. *vers. ideoque ff. de acquir. rer. dom.* §. *item vobis Inst. tit. per quas person. cuique acquir.* Mandatum enim procuratoris est contractus, & perficitur utriusque consensu. *tot. tit. Instit. de mand. tit. ff. & C. eod.* Jussus patris, ac domini unius jubentis voluntate constat, cui filius, & servus tenentur obtemperare. Præterea filius, & servus, etsi adeant jussu patris, ac domini, tamen adeunt suo nomine, non alieno, & adeunt hæreditatem sibi delatam, non hæreditatem delatam patri, ac domino, quam utique adire non possunt. Procurator adit hæreditatem non suo nomine, sed mandantis; & adit hæreditatem non delatam sibi, sed mandanti. Uno verbo non adeunt hæreditatem sibi delatam pater, ac dominus per filium ac servum; sed filius ac servus adit hæreditatem, sibi delatam, jussu patris, ac domini: & ipse filius ac servus fit hæres, *l.* 3. *& l. liberi* 8. *ff. de vulg.* licet eam statim acquirat patri, ac domino, vi patriæ, ac dominicæ potestatis. *l. placet ff. de acquir. hared.*

Superest text. *in l. si infanti C. de jure deliber.* in qua permittitur patri, aut tutori
57 infantis adire pro eo hæreditatem. Sed hoc specialiter à Justiniano constitutum est in solo infante, ut constat ex eadem *l.* §. *ult.* cum olim ipse infans adire deberet. *l. invito* 66. §. *si pupillo ff. ad SC. Trebellian.* Sed hoc ipsum demonstrat, pro alio adiri non posse.

His expositis rem in pauca contraham. Aut datus est procurator omnium bonorum: aut datus est procurator ad adeundam hæreditatem. Si datus est procurator omnium bonorum, hic certè adire non potest hæreditatem domino delatam: mandatum enim generale non tribuit facultatem adeundæ hæreditatis, sed requiritur mandatum speciale. *l. si quis mihi bona* 25. §. *sed utrum ff. de*
58 *acquir. hared.* Et præcipuum est in Procuratore Cæsaris, ut possit adire: *l.* 1. §. *ult. ff. de offic. Procur. Cas.* quam facultatem vel ipse Cæsaris Procurator habet solum, cùm hæreditas est opulenta, non cùm hæreditas solvendo non est. *l.* 2. *ff. eod.*

Si verò datus sit procurator adeundæ hæreditatis, rursus distinguendum est. Aut habet mandatum generale ad adeundam quamlibet hæreditatem, & hujusmodi mandatum est inutile. *d. l. si quis mihi* §. *an nominatim ff. de acquir. hared.* Aut habet mandatum speciale ad adeundam certam hæreditatem. Et, si mandatum illud contineat 59
hæreditatem viventis, pariter est inutile. *d. l. si quis mihi* §. *an nominatim ff. de acquir. hared.*

Tota igitur quæstio eò redigitur, an possit hæres, cui jam delata est certa hæreditas, mandare procuratori, ut eam adeat. Et sane si simpliciter mandet, supervacaneum est mandatum: nam eo ipso adit hæreditatem, ut suprà probavimus ex *l. si ego & servus ff. de acquir. hared.* Itaque nihil superest peragendum procuratori, cùm hæreditas semel adita amplius adiri non possit: quia statim transfert omne jus defuncti in hæredem adeuntem. *l. heres in omne ff. de acquir. hered.*

Solus igitur superest casus, cùm hæres non mandat simpliciter, ut adeat hæreditatem; sed cùm hæreditas in longinquo posita sit, aut multis oneribus implicata, mandat procuratori, ut diligenter expendat, & excutiat vires hæreditatis; & si cognoverit eam esse lucrosam, adeat. Quo casu in foro à plerisque receptum est, adiri posse hæreditatem per procuratorem: quod & Duarenus subodoratus est.

Enimverò hæc sententia non est absurda; & quoad effectum meo judicio verissima est: nam non ante hæres acquirit hæreditatem, quàm procurator eam adiverit. Illud tamen falsum est, quod hæredi acquiratur ex aditione procuratoris. Ei enim acquiritur ex 60
sua voluntate, & ex propria aditione. Licèt enim mandatum sit conditionale, & non inducat aditionem, quia hæreditas sub conditione adiri non potest; *l. actus legitimi ff. de reg. jur. l. Cùm quis* 51. *ff. de acquir. her.* tamen cùm voluntas hæredis continuetur, & excurrat in illud tempus, quo aditur hæreditas à procuratore; non ex facto procuratoris acquiritur, sed ex voluntate hære-

dis cùm facto procuratoris concurrente. Nam si voluntas hæredis non continuaretur, & non concurreret cùm aditione procuratoris, nulla esset aditio. *ex text. in l. qui servum 47. & in l. sequent. ff. de acquir. hæred.* Cùm autem voluntas hæredis, ejusque destinatio sola sufficiat ad adeundum, *l. si avia C. de jur. delib. §. ult. Instit. tit. de hæred. qual.* hac sola voluntate acquirit hæreditatem, & factum procuratoris solummodo tendit ad declarandam voluntatem hæredis. Declaratio autem, etsi necessaria sit, tamen non declaratione acquiritur hæreditas, sed voluntate, de qua constat per declarationem.

CAPUT XIII.

Ad l. 2. §. sed etsi mater ff. ad SC. Tertull. & l. 1. §. qui habebat ff. de bon. poss. cont. tab.

SUMMARIUM.

1 *Quæstio proponitur.*
2 *Jure veteri agnati vocabantur in infinitum. & n. 40.*
3 *Cognatus proximior, vel æque proximus, non excluditur à cognato remotiore, licet ille sit etiam agnatus.*
4 *Quæ bonorum possessiones dentur transversalibus.*
5 *In successione non admittitur ordo subsequens, nisi deficiente penitus antecedente. & n. 29.*
6 *Non defertur bonorum possessio ei, qui est ultra gradum à jure præscriptum.*
7 *Bonorum possessio* unde cognati *soli proximo defertur.*
8 *Non consideratur in jure tertium genus conjunctionis ex cognatione & agnatione compositum, ex quo successio deferatur.*
9 *Agnatus petens* unde cognati *non excludit cognatos proximiores, aut æquè proximos.*
10 *In bonorum possessione* unde cognati *sola proximitas spectatur.*
11 *Nec attenditur jus agnationis.*
12 *Et agnati admittuntur ultrà sextum gradum.*
13 *Agnati sunt cognati.*
14 *Aliquando eadem est conjunctio tam agnationis, quam cognationis: aliquando diversa, & quid operetur.*
15 *Non defertur bonorum possessio* unde cognati, *nisi deficiente* unde legitimi. *& n. 16.*
17 *Soror olim patri præferebatur in successione.*
18 *Mater autem patri postponebatur.*
19 *Nemo potest simul uti duplici jure in succedendo.*
20 *Incapax succedendi jure agnationis, non potest uti eo jure succedens inter cognatos.*
21 *Non defertur successio ei, qui est ultra gradum successioni præscriptum.*
22 *Frustrà petitur successio, quæ non est delata.*
23 *Non prodest proximitas ei, qui non est ex genere vocatorum, & explicatur exemplis.*
34 *Ut quis admittatur ad successionem, tria requiruntur.*
25 *Successio agnatis non defertur jure proximitatis, sed jure agnationis. & 26.*
27 *Succedens tamquam nepos non potest uti prærogativa filii, etiamsi sit filius: & contrà, si velit succedere tamquam filius, non potest uti prærogativa nepotis. & 28.*
29 *Succedens in secundo ordine non potest mutuari qualitatem tertii ordinis.*
30 *Qualitas non potest esse sine substantia, cui cohæreat.*
31 *Generatio & cognationem, & gradum simul efficit.*
32 *Gradus est à cognatione inseparabilis.*
33 *Nec potest transferri de una conjunctione ad aliam.*
34 *Duplex vinculum ultra fratrum filios non attenditur.*
Maximè si utrumque non sit ejusmodi, ut tribuat jus succedendi.
35 *Bonorum possessio* unde legitimi *datur solum à lege vocatis ad hæreditatem.*
36 *Proximus agnatus & à lege, & à Prætore vocatur, & præfertur omnibus cognatis.*
37 *Proximus dicitur etiam, qui solus est.*
38 *Agnatio est nomen civile, & consistit in prærogativa succedendi in hæreditatibus, & tutelis.*
39 *Sublatâ hac prærogativâ tollitur agnatio: & probatur exemplis.*
41 *Proximus est, quem nemo præcedit.*
42 *Proximitas, quam quis habet tamquam cognatus, non constituit eum proximum agnatum.*
43 *In fideicommissi agnatitiis desumi potest proximitas à cognatione juxta communem Pragmaticorum sententiam.*
44 *Successio intestata differt à testamentaria.*
45 *Capax succedendi facilius potest proximitatem gradus mutuari quam incapax.*
46 *Gradus non tribuit jus succedendi incapaci.*
47 *Fœmina nubens in familia conservat, & propagat agnationem: sed refellitur hæc opinio nn. seqq.*
48 *Fœmina per nuptias non transit in familiam viri: nec desinit esse agnata, & manet in potestate patris: & fit affinis viro, non agnata.*
49 *Filii vulgo quæsiti sunt cognati matri suæ, & inter se.*
50 *Filii sunt patris, non matris agnati: & patris, non matris familiam sequuntur.*
51 *Nemo potest esse agnatus illis, quibus per matrem conjungitur.*
52 *Jure Civili sæpenumerò fœminæ nubebant in familia: & afferuntur exempla.*

NOvam, & ab Interpretibus nostris hactenus non agitatam quæstionem de bonorum possessionibus aggredimur. Ex facto quæsitum fuit: Decessit Cajus ab intestato; concurrunt ad ejus successionem Titius agnatus Caji ultrà decimum gradum, ejusdemque cognatus in tertio, utpote natus ex sorore defuncti; & Sempronius cognatus Caji in secundo gradu: quis eorum præferatur in
1 bonorum possessione. Quæstio proponi potest in genere: An cognatus remotior excludat cognatum proximiorem, vel æquè proximum, dummodò sit defuncto conjunctus etiam jure agnationis, sed ultrà gradum in successione præscriptum. Sustulit hanc controversiam jus novissimum, sublatâ prærogativâ agnationis. Itaque hac de re disputari solummodò potest, aut secundum jus vetus, quo agnati præferebantur cognatis; aut secundum jus municipale, quo ubique ferè locorum agnati usque ad certum gradum cognatis præferuntur.

Respondi, hanc quæstionem jure veteri
2 non fuisse definitam. Licèt enim eo jure agnati cognatos excluderent, tamen nullus usquam gradus agnatorum successioni præscriptus est, & ubique vocantur ad successionem sine ulla præfinitione. *l. 2. §. agnati & §. hac hereditas ff. de suis & legit. hæred. l. Jurisconsultus* 10. *ff. de gradib. & affin. §. 1. Instit. tit. de legit. agn. tut. §. ult. Inst. tit. de servil. cognat. §. cæterum Instit. tit. de legit. agn. success. novell.* 118. *cap.* 3. *l. unic. C. unde vir & ux. l. 1. C. de bon. vac.* Solus Justinianus exempli causâ nominavit decimum gradum in *§. hoc loco Instit. tit. de success. cogn.* Cùm igitur in jure nostro nusquam successio agnatorum intra certum ac definitum gradum cogatur, non potest in eo reperiri exemplum agnati non succedentis, eo quod sit ultrà gradum præscriptum successioni agnatorum.

Admissâ tamen communi sententiâ, præscribente decimum gradum agnatorum successioni, vel examinando controversiam de jure municipali, verissimum puto cognatum
3 proximiorem, vel æquè proximum non excludi à cognato, qui sit simul agnatus defuncti, sed ultrà gradum successioni præscriptum. Ut autem id demonstremus, duo sunt præmittenda.

Primò, quod transversalibus duæ tantum 4
competunt bonorum possessiones: *Undè legitimi*, & *undè cognati*. *§. sed eas Inst. tit. de bon. poss l. 1. ff. quis ord. in bonor. poss. serv.* Itaque Titius remotior cognatus, & simul agnatus, aut petere debet bonorum possessionem *undè legitimi*, tamquam agnatus; aut *undè cognati*, tamquam cognatus. Neque enim ulla alia bonorum possessio ei defertur.

Secundò, quod in successione ab intestato, & præsertim in bonorum possessionibus, plures divisi sunt gradus, seu ordines succedentium: veluti de jure veteri liberorum, legitimorum, cognatorum: de jure novissimo descendentium, ascendentium, & collateralium. *l. 1. §. 1. ff. si tab. testam. null. exstab. novell.* 118. *cap.* 1. 2. & 3. Atque ita 5
divisi sunt, ut, quamdiu superest persona aliqua primi ordinis, non admittatur quisquam secundi ordinis, nec ad tertium ordinem progredi possimus, nisi secundo penitus excluso, ac terminato. *l. filius qui* 41. *§. cùm filium ff. de bon. libert. l. 1. §. sed videndum*: ibi: *cæteris defertur ff. de success. edict.* junctâ *l. delata* 151. *ff. de V. S.* Itaque hi ordines confundi, & commisceri non possunt, quia non defertur hæreditas, & bonorum possessio ordini subsequenti, nisi deficientibus omnibus personis ordinis antecedentis. *d. l. 1. & d. l. delata.*

Hisce præmissis, quæ sunt exploratissimi juris, ad rem veniamus. Aut Titius petit bonorum possessionem *unde legitimi*, aut *unde cognati*: nulla enim alia ipsi deferri potest. Bonorum possessionem *unde legitimi* frustrà petit: quia, cùm supponamus, hanc 6
bonorum possessionem non deferri agnatis ultrà decimum gradum, à jure præscriptum successioni agnatorum; & Titium esse agnatum ultrà decimum gradum; evidens est, Titio hanc bonorum possessionem non deferri.

Frustrà etiam petet bonorum possessionem *unde cognati*, quia, cum hæc proximitatis

jure deferatur, excluditur à Sempronio, quem supponimus esse cognatum proximiorem. *princ. tit. Instit. de success. cognat. l.* 1. §. *si quis proximior. ff. unde cognat. l.* 2. *in fin. C. de successor. edict. novell.* 118. §. *si vero.*
7 Nulla igitur ei defertur bonorum possessio: non *unde legitimi*, tamquam agnato, quia est ultrà gradum successioni præscriptum; non *unde cognati*, tamquam cognato, quia non est proximus.

Cùm non possit admitti ad successionem neque tamquam agnatus, neque tamquam cognatus, superest tantummodò, ut petat bonorum possessionem utroque jure simul, tam agnationis, quam cognationis: hoc est, ut conjungat agnationem cum cognatione, & simul utatur utraque prærogativa agnatorum, & cognatorum, inauditâ qua-
8 dam incisione agnationis & cognationis, ex qua fiat tertium quoddam genus conjunctionis ex utraque compositum; & tertius ordo successionis cum secundo commisceatur, & confundatur. Atqui nec hi duo ordines, qui sunt inter se omnino distincti, ac separati, possunt commisceri, ut initio probavimus; nec ulla usquam à Prætore proposita est specialis bonorum possessio venientibus ad successionem utroque jure, cùm agnationis, tum cognationis. Ergò, si neque admittitur ad bonorum possessionem *unde legitimi*, neque ad bonorum possessionem, *unde cognati*; neque proposita est ulla alia bonorum possessio, ad quam possit admitti, utique nulla ei defertur, nulla competit bonorum possessio.

Atque hæc clarissima sunt germanam juris scientiam callentibus. Quia tamen multi hîc hærent, nec facile se possunt expedire, enucleanda sunt accuratius. Si Titius id agit, ut admittatur, & tamquam agnatus simul, & tamquam cognatus, alterutrum necessarium est: vel ut petat bonorum possessionem *unde cognati*, tamquam cognatus, & ab agnatione mutuetur jus agnationis, quo fulciat, & corroboret cognationem, per se infirmam, & incapacem successionis: vel, ut petat bonorum possessionem, *unde legitimi*, tamquam agnatus, & à cognatione mutuetur gradûs prærogativam, seu proximitatem, quâ destituitur agnatio. Utrumque autem est contra regulas, & præcepta juris; & ideò neutrum Titio permittendum.

Non potest Titius petendo bonorum possessionem *unde cognati*, & succedens tamquam cognatus, mutuari prærogativam, & jus prælationis ab agnatione ad excludendum proximiorem cognatum. Etenim agna- 9
tus, qui petit bonorum possessionem *unde cognati*, etiamsi sit agnatus in gradu successibili, tamen non præfertur cognatis proximioribus, aut æquè proximis, sed inter cæteros æquè proximos admittitur; *l.* 1. §. *sed videndum*, ibi: *inter cæteros ff. de success. edict.* §. *placebat.* ibi: *imperfecto jure. Inst. tit. de legit. agnat. success.* & ibi omnes Interpretes; & est in confesso apud omnes D D. Itaque fœmina agnata, quæ olim admittebatur inter cognatos, non præferebatur cognatis æquè proximis, sed succedebat secundùm gradûs prærogativam. §. *cæterum. vers. sed quia Inst. tit. de legit. agnat. succes.*

Ratio autem duplex est. Prima, quia hæc 10
bonorum possessio solius proximitatis nomine defertur, & ideò appellatur in jure nostro bonorum possessio *proximitatis nomine.* §. *eos*, & §. *vulgo* & §. *ult. Instit. tit. de succ. cogn. princ. tit. Instit. de serv. cognat. l. capitis* 3. *l. si spurius* 4. *ff. unde cognat. l. ad intestati* 5. *C. de legit. hered. l. item* 8. *ff. de suis, & legit hered. l. qui admitti l.* 1. *l.* 2. §. *nam si quis* 1. *ff. de jur. & fact. ignor.* Itaque in hac bonorum possessione deferenda Prætor nihil aliud considerat, quam gradus proximitatem.

Altera ratio est, quia, qui vult frui privilegio, ac prærogativa agnationis, petere debet bonorum possessionem *unde legitimi*, quæ jure agnationis defertur. Qui petit bonorum possessionem *unde cognati*, hoc ipso declarat se nolle uti jure agnationis: nec
posset uti, si vellet: quia, ut initio dixi- 11
mus, cum sint separati ordines succedendi, ita ut simul concurrere non possint; qualitas, & prærogativa secundi ordinis in tertium transferri non potest, in quo sola cognationis conjunctio consideratur. Quamobrem

licèt agnati in bonorum possessione *unde le-*
gitimi admittantur etiam usque ad decimum
12 gradum; tamen in bonorum possessione *unde*
cognati non admittuntur ultrà sextum. *l. oc-*
tavi ff. unde cognat. & DD. omnes: quia in
hoc tertio ordine nulla habetur agnationis
ratio.

Ex his procul dubio infertur, Titium suc-
cedentem, tamquam cognatum, per bono-
rum possessionem *unde cognati*, non posse ex-
cludere proximiorem cognatum, propterea,
quòd sit etiam agnatus. Etenim si ille, qui
est agnatus, intrà gradum successioni præs-
criptum, uti non potest prærogativâ agna-
tionis, quando succedit in tertio ordine,
tamquam cognatus; multò minùs eâ uti po-
terit, qui est agnatus ultrà gradum succes-
sioni præscriptum. Si illi non prodest agna-
tio, licèt ipsa per se sit utilis ad succeden-
dum; multò minùs huic prodesse potest illa
agnatio, quæ non est utilis ad succedendum,
neque reddit Titium capacem successionis.
Illud etiam animadvertendum est, quòd,
quando agnatus succedit in tertio ordine,
tamquam cognatus, idem est vinculum, ea-
demque conjunctio sanguinis, quâ consti-
13 tuitur & agnatus, & cognatus. Nam & ag-
nati sunt cognati, eademque conjunctio san-
guinis, quæ facit agnatum, facit etiam cog-
natum. §. 1. *Instit. tit. de leg. agnat. tut.* &
§. 1. *de legit. agn. success.* Itaque etsi omise-
rit bonorum possessionem *unde legitimi*, tam-
quam agnatus; & petat bonorum possessio-
nem *unde cognati*, tamen in petenda hac
bonorum possessione utitur eodem vinculo,
eademque conjunctione sanguinis, quæ tri-
buit ipsi jura agnationis. Verùm, quia ve-
nit ad successionem tamquam cognatus, non
tamquam agnatus, nihilominus non potest
allegare jus agnationis ad excludendum æquè
proximum, aut proximiorem cognatum.
Multò minus igitur id allegare poterit,
quando jus agnationis non promanat ab eo
vinculo, eaque conjunctione sanguinis, quæ
tribuit ipsi jura successionis. Si conjungi non
potest jus agnationis cum agnatione, quan-
do utraque manat ab una, eademque con-
junctione sanguinis, & nititur uno, eodem-
que vinculo consanguinitatis, quo ad succes-
sionem admittitur, quantò minus conjungi
poterunt in casu nostro, in quo duæ sunt
causæ distinctæ, ac separatæ, agnationis, &
cognationis; duo sunt vincula; duæ con-
junctiones; & conjunctio, per quam admit-
titur ad successionem tamquam cognatus, ni-
hil commune habet cum conjunctione, per
quam est agnatus? Primo casu idem est ag-
natio, & cognatio, & eatenus tantum dif-
fert, quatenus in cognatione consideratur
conjunctio sanguinis in genere; in agnatio-
ne consideratur in specie, quatenus est spe-
cialis conjunctio per masculos; cæterum est
una, & eadem conjunctio. In casu nostro
diversa est agnatio à cognatione: diversæ
enim sunt conjunctiones, diversæ personæ,
ex quibus utraque oritur.

Confirmatur, quia aut Titio defertur bo- 14
norum possessio *unde legitimi*, tamquam
agnato, aut non defertur. Neutro casu po-
test excludere proximiorem cognatum pe-
tendo bonorum possessionem *unde cognati.*
Nam si ei defertur bonorum possessio *unde*
legitimi, utique non potest petere alteram
bonorum possessionem *unde cognati*, nisi re-
pudiet bonorum possessionem *unde legitimi*,
quæ prius defertur. Neque enim fit locus 15
cognatis, nisi deficientibus, aut repudian-
tibus agnatis: neque defertur bonorum pos-
sessio *unde cognati* personis vocatis in tertio
ordine, quamdiù personæ vocatæ in secundo
ordine possunt petere bonorum possessionem
unde legitimi; quia hæc illam præcedit.
princ. tit. Instit. de success. cognat. §. fin. in
fin. Instit. de servil. cognat. l. 1. ff. quis ord.
in bonor. possess. servet. Repudiatâ autem bo-
norum possessione *unde legitimi*, non potest
amplius uti jure, & prærogativâ agnationis
ad excludendum proximiorem cognatum.
Probatur id evidenter ex *l. 2. §. sed etsi ipsa*
mater 19. ff. ad SC. Tertullian. Species ejus 16
legis hæc est. Antonius ex Faustina filia ne-
potem habebat. Eum adoptavit in locum
filii. Decessit hic filius adoptivus: quæsitum
est, ad quem deferatur ejus successio, utrum
ad Antonium patrem, an ad Faustinam?
Faustina defuncti mater est, & soror: mater

ratione

ratione generationis; soror jure adoptionis.
17 Soror olim patri præferebatur. *§. præferuntur Instit. tit. de SC. Tertull. d. l.* 12. *§. si sit con-*
18 *sanguinea ff. ad SC. Tertull.* Mater verò patri postponebatur. *d. §. præferuntur & d. l.* 2. *§. undecumque ff. ad SC. Tertull.* Itaque Faustina duplici vinculo conjungitur defuncto, & quâ mater est, & quâ soror; & duplici jure potest succedere, & tamquam soror, & tamquam mater. Tamquam soror excludit patrem: tamquam mater à patre excluditur. Respondet igitur J C. in *d. l.* 2. *§. sed etsi ipsa mater;* quod si Faustina petat hæreditatem, tamquam soror, excludit patrem; si
19 verò repudiavit jus consanguineæ, & veniat tamquam mater, à patre excluditur: quia, quæ petit hæreditatem, tamquam mater, non potest uti jure sororis, licet soror sit. Etenim non defertur ei hæreditas, tamquam matri, nisi prius extincto jure succedendi, quod habebat tamquam soror, vel per repudiationem, vel per lapsum temporis: ac propterea uti non potest eo jure, quod jam extinctum est. Ita in casu nostro Titius duplici vinculo conjungitur defuncto, agnationis, & cognationis, & duplici jure potest admitti ad successionem: sed si velit succedere, tamquam cognatus, non potest uti jure agnationis, quæ nullum amplius ei præstat jus succedendi, cùm sit extinctum vel per repudiationem, vel per lapsum temporis.

Quod si Titio non defertur bonorum possessio *unde legitimi*, sed sola bonorum posses-
20 sio *unde cognati*; quia non est agnatus intra gradum præscriptum successioni agnatorum; multò minus in succedendo uti poterit jure agnationis ad excludendum proximiorem cognatum: quia hoc jus succedendi ratione agnationis numquam habuit. Si jus succedendi ratione agnationis nobis non prodest, quando illud amisimus, quantò minus prodesse potest, quando numquam habuimus? Qui repudiavit, ipse per se jure capax est successionis inter agnatos: hic autem nec est, nec umquam fuit capax successionis. Ille (ut à Scholis formulas mutuemur) privatur successione, quæ defertur agnatis, accidentaliter: hic verò essentialiter. Absurdum est plus juris huic tribuere, quam illi: sicut absurdum esset plus tribuere ei, qui intestabilis est; quàm ei, qui jure fuit institutus, licet omiserit hæreditatem.

Hactenus demonstratum est non posse Titium, petentem bonorum possessionem *unde cognati*, mutuari prærogativam, & jus succedendi ab agnatione, ut excludat proximiorem, vel æquè proximum cognatum. Su- 21
perest demonstrandum, quod nec admitti potest ad bonorum possessionem *unde legitimi*, mutuando proximitatem, & gradum à cognatione. Si enim Titius est agnatus ultrà gradum successioni præscriptum, & nulli alii sunt agnati, non defertur hujusmodi successio. *l. delata ff. de V. S.* Frustrà igitur petitur bonorum possessio *unde legitimi*, si ea non defertur: & frustrà quæritur de proximitate gradûs, non delatâ bonorum possessione: frustrà enim petit successionem ille, 22
cui delata non est *l.* 1. *§. decretalis ff. de success. edict.* junctâ *l. is potest ff. de acquir. hæred. l. in plurium ff. eod.* Item priùs necesse est, ut quis sit ex genere vocatorum ad eam successionem; deinceps, ut sit proximus: nihil enim prodest gradûs proximitas ei, qui 23
non habet jus capiendæ hæreditatis. Emancipati olim, & nunc erant filii, & erant proximi: utrumque tamen nihil eis proderat, quia à lege duodecim Tab. non erant vocati ad hæreditatem. *§. emancipati Instit. tit. de success. quæ ab int.* Mater ante Senatusc. Tertullianum erat proxima, non tamen excludebat remotiorem agnatum, quia non habebat jus capiendæ legitimæ hæreditatis *princ. tit. Instit. de SC. Tertull.* In summa, ut quis admittatur ad successionem ab intestato, cæteris omnibus exclusis, tria concurrant necesse est. Primùm, ut delata sit hæreditas, & successio: deindè, ut ille sit ex genere vo- 24
catorum ad eam successionem: denique ut sit omnium vocatorum proximus. Titius in casu nostro, etiamsi posset mutuari proximitatem gradûs à cognatione, tamen non posset succedere, quia neque delata est agnatis successio, cùm nulli sint intra gradum à lege præstitutum; neque est ex genere vo-

catorum ad bonorum possessionem *unde legitimi*: vocantur enim ad eam legitimi hæredes, ille autem non est hujusmodi, ut infrà probabimus: & vocantur usque ad certum gradum, non ultrà; ille autem est ultrà gradum, ac proindè non est ex numero vocatorum; nihilque ei prodesse potest proximitas, quam à cognatione mutuatur.

Aliâ quoque de causa à cognatione adscita proximitas prodesse non potest ad excludendum proximiorem cognatum, quia agnati cum cognatis concurrentes in successione eos excludunt jure agnationis, non jure proximitatis: succedunt enim agnati non jure proximitatis, sed solùm jure agnationis. *§. ult. vers. toties Instit. tit. de servil. cognat. l. spurius* 4. *ff. und. cognat. l. ab intestati. 5. C. de legit. hæred. §. fin. Inst. tit. de success. cogn.* & ibi Vult. *n.* 4. Cujac. in *l.* 1. *§. pro-*
25 *ximus ff. unde cogn.* Cùm enim agnati remotiores præferantur proximioribus cognatis, utique præferri non possunt jure proximitatis: nam jure proximitatis remotior non potest excludere proximiorem, sed semper proximior præfertur. *auth. de hæred. ab intest. §. si verò l. Jurisconsultus* 10. *in princ. ff. de gradib.* Itaque in concursu agnatorum, & cognatorum non proximitas spectatur, sed solùm jus agnationis: & ideò soli cognati proximitatis nomine succedere dicuntur, non agnati, ut suprà probavimus. Frustrà igitur Titius mutuatur proximitatem à cognatione, cùm non habeat jus agnationis, jus capiendæ legitimæ hæreditatis, quo solo nititur agnatorum successio, & quo sublato præferri non potest proximioribus, aut æquè proximis.

Dico jam, quòd Titius ne quidem potest mutuari proximitatem à cognatione, & uti gradu proximitatis, quem habet tamquam cognatus, si velit succedere jure agnationis. Probatur id primò, quia nemo, qui aliquo
26 titulo adspirat ad successionem, uti potest qualitate, aut gradu, quem habet alio nomine; nec cuiquam permittitur ex duabus personis, quas potest repræsentare, unam conflare, & conjungere duas qualitates ad excludendum proximiorem, vel æquè proximum. *l.* 1. *§. qui habebat ff. de bonor. poss. contr. tab.* Quidam habebat Cajum filium, & ex eo nepotem Sejum. Emancipavit Cajum, eumque adoptavit in locum nepotis. Quæritur, an Cajus Sejo præferatur in parentis successione. Et quidem, si potest mutuari proximitatem à se ipso, quam habet tamquam filius, utique præferendus est nepoti Sejo. Sejum enim præcedit, cùm sit in
primo gradu, tamquam filius defuncti, & 27
Seji pater; & sit in potestate propter adoptionem. Nihilòminus tamen respondet JC. Cajum Sejo præferendum non esse; ratio est, quia in potestate est, quasi nepos adoptivus, non quasi filius; *l.* 1. *§. si quis filium ff. si tab. test. null. extab.* & quasi nepos est in pari gradu cum Sejo, nec ipsum præcedit. Et quamvis sit etiam filius, tamen cùm succedat quasi nepos, uti non potest proximitate, quam habet quasi filius. Si verò velit succedere, tamquam filius, non poterit uti prærogativâ sui hæredis, quam habet, quasi nepos: quia quasi nepos est in potestate: quasi filius autem est emancipatus. Uno verbo, si petat successionem, quasi filius, quia est emancipatus, jungitur nepoti in potestate existenti. *l.* 1. *§. si quis filium ff. si tab. testam. nulla extab. l.* 1. *& tot. tit. ff. de conjung. cum emanc. liber.* Si verò petat, quasi nepos, est in pari gradu cum altero nepote; nec potest eum excludere eâ de causâ, quòd ipsum præcedat, quasi filius, adscitâ proximitate à persona filii. In hoc casu non agitur de adsciscenda proximitate ab alio ordine succedendi, quia tam filius, quàm nepos succedunt in primo ordine liberorum. Item non agitur de admittendo ad successionem eo, qui naturâ suâ sit incapax ejus successionis, quia, sive veniat quasi filius, sive quasi nepos, semper habet jus capiendæ hæreditatis. *tot. tit. Instit. de hæredit. quæ ab int. defer.* Contrà in casu nostro, qui successurus est in secundo ordine, tamquam agnatus, vult adsciscere proximitatem à tertio ordine cognatorum; &, qui non habet jus capiendæ hæreditatis, quasi agnatus, jus illud consequi vult adscitâ proximitate cognatitiâ, quæ est alterius generis, atque ideò non potest tribuere jus succedendi

inter agnatos. Quàm sint hæc absurda, nemo non videt.

Confirmatur ex *l. 2. §. sed etsi ipsa mater ff. ad SC. Tertull.* quam suprà exposuimus: ubi mulier, quæ simul est mater, & soror defuncti; si veniat tamquam mater, non potest uti prærogativâ, quam habet, tam-
28 quam soror, excludendi patrem. Hîc quoque neque fieri debet transitus de uno ordine ad alium; neque tribui debet jus succedendi ei, qui nullum jus habet, ut in casu nostro.

Probatur secundò, quia suprà demonstratum est, quòd, si Titius, quasi cognatus, petat bonorum possessionem *unde cognati*, non potest uti jure agnationis, licèt sit agnatus: ergò multò minus, si, quasi agnatus, petat bonorum possessionem *unde legitimi*, poterit uti prærogativâ cognationis. Facilius enim qualitas secundi ordinis in tertium derivari potest, quàm qualitas tertii ordinis à secundo præoccupari. Ratio est, quia successio priùs defertur secundo ordini, deinceps verò tertio: itaque, cùm succedit, quasi cognatus, in tertio ordine, facilè posset retinere prærogativam, quam habebat, cùm ipsi successio deferebatur in secundo ordine, quasi agnato. Contrà verò, cum
29 succedit in secundo ordine, quasi agnatus, non potest præoccupare qualitatem, quam habiturus est in tertio ordine, quasi cognatus, quia tertii ordinis nulla habetur ratio, quamdiu exstant personæ secundi ordinis, cùm tertio ordini successio non deferatur, nisi penitus excluso, ac terminato secundo ordine. *l. filius qui 42. §. cùm filius ff. de bon. libert.*

Tertiò, quia gradus, & proximitas, cùm sint qualitates cohærentes cognationi, non possunt de cognatione in agnationem transferri, & de una conjunctione ad aliam, quia qualitas esse non potest sine substantia cui cohæret. *l. si servum 4. §. si modus*, & ibi Castrens. *n. 3. ff. de action. empt.* Bellon.
30 *conj. 2. n. 81.* Cohæret autem inseparabiliter cognationi proximitas gradûs; quia generatio producit cognationem. *l. 1. §. cognati ff. unde cognati. l. non facile 4. §. cognati ff. de*
31 *gradib.* Eadem verò generatio facit simul etiam gradum. *§. hactenus Instit. tit. de gradib. cognat.* Nec potest separari gradus à cognatione, quia nemo potest esse cognatus, quin sit in aliquo gradu cognatus: & contrà nemo potest esse in aliquo gradu conjunctus, quin sit cognatus. Multò minùs gradus, qui 32
uni conjunctioni cohæret, ad aliam transferri potest: quoniam tot sunt gradus, quot generationes, & generatio addita gradum adjicit. *d. §. hactenus Instit. tit. de grad. cognat.* Itaque si in una conjunctione tres sunt gene- 33
rationes, in aliâ duodecim; non possunt illi tres gradus ab illa conjunctione ad hanc transferri: quia generationes, quibus illa conjunctio connectitur, & numero, & specie diversæ sunt ab his generationibus, quibus connectitur hæc altera conjunctio. Quamobrem absurdè diceretur Titius agnatus defuncti in tertio gradu: nam cùm in conjunctione per masculos inter Titium, & defunctum intercesserint duodecim generationes, non possunt hæ constituere tres gradus, sed necesse est, ut constituant duodecim gradus. Est quidem Titius in tertio gradu cognatus: sed generationes, per quas cognatus constituitur, sunt omninò diversæ ab illis, per quas constituitur agnatus, & ideò diversi etiam sunt gradus.

Nec potest Titio prodesse duplex vinculum, agnationis, & cognationis: tum quia tunc prodest duplex vinculum, quando 34
utrumque est idoneum & aptum ad tribuendum jus succedendi; in casu autem nostro vinculum agnationis non est hujusmodi: tum quia duplex vinculum non consideratur ultrà fratrum filios, ut est in confesso apud omnes DD. ex *authent. post fratres C. de leg. hæred.* Itaque si cum patruo concurrat alter, qui sit simul patruus & avunculus, nihil illi prodest duplex vinculum agnationis & cognationis ad excludendum patruum, ut notat Bartol. in *l. post suos §. legitima ff. de suis, & legit. hæred.* & clariùs Anton. de Rosell. *de success. ab int. n. 158.*

Denique probatur, quia bonorum possessionem *unde legitimi* Prætor dabat solùm illis, qui à jure Civili vocabantur ad hæreditatem in secundo ordine agnatorum, seu

legitimorum hæredum. *l.* 2. §. *hac autem l.*
35 1. *& l.* 3. *ff. unde cogn.* Sed jus Civile nullam omninò rationem habebat cognatorum. *princ. tit. Instit. de SC. Tertull. l.* 1. *ff. unde cogn.* Ergò nec Prætor in dandâ bonorum possessione *unde legitimi* habet ullam rationem cognationis: alioquin ad hanc bonorum possessionem vocaret aliquem, qui à legibus non vocabatur.

His probè constitutis evidenter constat, Titium ad neutram bonorum possessionem admitti posse, ita ut excludat proximiorem vel æquè proximum agnatum. Jam verò, quid contrà dici possit, examinemus. Doctissimi Advocati, qui contrariæ sententiæ patrocinium susceperunt, ejus multa jaciunt fundamenta, quæ mihi oppidò videntur infirma.

Primum fundamentum,est hujusmodi. Titius est agnatus: Titius est proximus defuncto, utpote conjunctus in tertio gradu:
36 ergò Titius est proximus agnatus. Atqui proximus agnatus, & ad legitimam successionem à lege vocatur, & à Prætore ad bonorum possessionem *unde legitimi*; *princ. tit. Instit. de legit. agnat. success.* §. *ult. Instit. tit. de success. cogn. l. Jurisconsultus* 10. *in princ. ff. de grad. l.* 2. *ff. de suis, & legit. hæred. l. pronunciatio* 195. §. 1. *ff. de V. S.* & præfertur omnibus cognatis; §. *ult. Instit. tit. de servil. cognat. l.* 1. *in princ. ff. quis ord. in*
37 *bonor. poss. servet.* & proximus est etiam, qui solus est. *l.* 2. §. *legitima ff. de suis, & legit. l.* 1. §. *proximus ff. unde cogn. l. proximus* 125. *ff. de V. S.* §. *si plures Instit. tit. de legit. agn. success.*

Sed facilis est, & prompta responsio. Utrumque enim falsum est; & quòd Titius sit agnatus, & quòd sit agnatus proximus.
38 Verè Titius non est agnatus, cùm sit ultrà gradum successioni præstitutum. Agnationis enim nomen non naturale est, sed civile. *l. non facile* 4. §. *cognationis l. Jurisconsultus* 10. §. *inter agnatos ff. de gradib. & affin.* §. *ult. Instit. tit. de legit. agnat. tut.* Consistit autem agnatio in prærogativa successionis, & tutelæ, quæ à jure Civili tribuitur illi certæ conjunctioni sanguinis; & sublatâ hâc prærogativâ tollitur agnatio, & superest sola cognatio, seu conjunctio sanguinis; ut evenit per capitis diminutionem. §. *ult. Instit. tit. de legit. agnat. tut.* Quamobrem quia 39
lex duodecim tabularum vocabat ad hæreditatem non omnes liberos, sed solum suos hæredes; idcircò liberi, si non erant sui hæredes, nec erant agnati *l. scripto* 6. *vers. & alioquin ff. unde liber.* Eâdem de causa, quia lege Voconia fœminæ excludebantur ab hæreditate, licèt per masculos essent conjunctæ, tamen non dicebantur agnatæ. *l.* 2. §. *agnati ff. de suis, & legit. hæred.* & ideò Ulpianus in definitione agnatorum semper excludit fœminas: ut in *fragment. tit. de tutel.* ibi: *agnati sunt à patre cognati virilis sexus, per virilem sexum descendentes.* & in *tit. de legit. hæred.* ibi: *agnatos, id est, cognatos virilis sexus, per mares descendentes ejusdem familiæ.* Quibus definitionibus ostendit, quod sicut ad substantiam agnati requirebatur, ut esset masculus, ita requirebatur ut esset vocatus ad successionem. De substantia igitur agnationis est jus succedendi. Hinc doctiores Interpretes rectè putant, olim agnatos successisse in infinitum, atque 40
id ex eo merito deducunt, quod *in l.* 2. §. *agnati ff. de suis & legit.* agnati dicuntur, qui nascuntur per mares in infinitum. Neque enim dici possent agnati, nisi haberent jus successionis, in quo consistit agnatio. Barry *de success. lib.* 18. *tit.* 3. *n.* 8. Forster. *de success. lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 1. Vinn. *ad* §. *fin. n.* 4. *de success. cogn.* & ibi Timæ. Faber.

Sed ne verbi controversia nos miserè torqueat; sive Titius sit verè agnatus, sive non sit; illud certissimum est, eum non esse agnatum, quoad jus succedendi, cùm sit ultrà gradum à lege præscriptum. Itaque falsum est, Titium esse agnatum in ea significatione, in qua accipitur. In hac enim enunciatione: *Titius est agnatus*: nomen agnati refertur ad jus succedendi; alioquin ex eo assumpto inferri non posset, Titium debere succedere exclusis cognatis, quemadmodum argumento illo concluditur. Falsum est igitur, Titium esse agnatum; quia non est ex eo genere agnatorum, qui vo-

cantur ad successionem, ut affirmatur in ea enunciatione. Exempli gratiâ: si quis enunciaret, Sirium esse canem; & ex hoc inferret Sirium esse animal; negandum utique esset Sirium esse canem in ea significatione, in qua accipitur ab enunciante: quoniam ex illatione constat, eum nomine canis non quemcumque canem in genere significare voluisse, sed canem animal; falsum autem, Sirium esse ejusmodi canem. Ita in nostro argumento, cum ex illatione constet agnati nomine significari eum agnatum, qui capax est successionis, utique negandum est, Titium esse agnatum: neque enim est ejusmodi agnatus, cujusmodi affirmatur in enunciatione.

Falsum igitur est, quod Titius sit agnatus: falsum est etiam, quod sit agnatus proximus. Nam etiamsi demus eum esse agnatum, tamen proximitas ei nullâ ratione
41 convenit. Non ratione agnationis, quia est ultrà terminum successioni præscriptum, & ideò non potest in eo considerari proximitas, quoad successionem: non ratione cognationis, quia præceditur à Cajo proximiore cognato: proximus autem is est, quem nemo antecedit. *l. 2. §. hac hereditas & §. legitima ff. de suis, & legit. heredib. l. ex duobus 34. in princ. ff. de vulg. & pupill. l. proximus 92. ff. de V. S.*

Sed demus, esse proximum cognatum; num idcircò erit proximus agnatus? minimè verò. Sunt hæc diversa, esse proximum agnatum, & esse proximum cognatum. Ne-
42 que sic rectè concluditur: Titius est agnatus: Titius est proximus: ergo Titius est proximus agnatus. Est hoc sophisma puerile: hisce decipulis, ac laqueis pueros irretire solemus, cum intendimus eos esse filios canis, aut felis, quod tamen ipsis simili sophismate non possumus persuadere. Felis est tua: felis est mater: ergo felis est tua mater. Falsum est, quod infertur, quia felis est tua ratione dominii, non ratione materuitatis, ut ita dicam. Sic in casu nostro, Titius est proximus ratione cognationis, non ratione agnationis: & ideò non potest inferri, quod sit proximus agnatus. Cicero erat Poëta: Cicero erat excellentissimus: ergo erat excellentissimus Poëta. Falsum est hoc, quod concluditur, quia erat excellentissimus in arte oratoria, non in poëticâ. Aristoteles erat Geometra: Aristoteles erat summus, & omnium princeps: ergo erat summus, & omnium princeps Geometra. Est hoc falsum, quia erat summus, & omnium princeps in Philosophia, non in Geometria. Quæ verè enunciantur de uno, falsò enunciantur de alio: & ideo, si ab uno ad alium transferas, fit falsum enunciatum. De Oratore verè enunciatur, quod fuerit excellentissimus: si id transferas ad Poëtam, est omninò falsum. Quod Aristoteles fuerit summus ac princeps omnium, jure enunciatur de Aristotele, quatenus erat philosophus, non quatenus erat Geometra. Eodem modo, quod Titius sit proximus, verè enunciatur de Titio, quatenus est cognatus, non quatenus est agnatus. Ideò falsum est, Titium esse agnatum proximum.

Non ignoro tamen, in fideicommissis ferè communiter receptum fuisse, proximi- 43
tatem desumi posse etiam à cognatione, quando vocati fuerint à testatore agnati proximi in infinitum. Miror equidem, hùc impegisse summos viros, tam futili argumento deceptos. Magis tamen mirarer, si quis sententiam, tam infirmo fundamento innixam, vellet extendere ad successiones ab intestato: maximè cum hac in re sit omninò dissimilis successio testamentaria à successione ab intestato.

Primùm enim in successione ab intestato certi ordines succedendi à lege præscripti fuerunt, inter se distincti, ac separati, ita ut existente aliquâ personâ ordinis antecedentis non possit considerari subsequens ordo, & ille in perpetuum à successione excludatur. Quapropter leges nullam ratio- 44
nem ejus haberi voluerunt, & alterum cum altero confundi, & commisceri prohibuerunt, ut suprà copiosè demonstravimus. Absurdum autem est, contra notissima juris principia, legumque sanctionem producere velle ad consequentia opinionem, quæ supinâ D D. oscitantiâ,

vel consulentium avaritiâ increbuit.

Secundo loco animadvertendum est, quod in fideicommissis, in quibus vocantur agnati in infinitum, qui mutuatur proximitatem à cognatione, ex voluntate testatoris est agnatus, & est ex numero vocato-
45 rum ad successionem : & ideò habet jus succedendi, & est capax successionis, solaque proximitas ipsi deest ad alios excludendos: ideòque non est adeo absurdum, eum uti proximitate adscitâ à cognatione. At in casu nostro, in quo Titius non habet jus succedendi, tamquam agnatus, quia non est ex numero vocatorum, præter proximitatem debet mutuari etiam jus capiendæ hæreditatis. Abhorret autem à jure, ut cognatio præstet jus succedendi inter agnatos: maximè quia ne quidem inter cognatos admitti potest ad successionem. Quàm absurdum igitur est, ut, qui ratione cognationis non admittitur ad successionem inter cognatos, ab ea cognatione mutuetur non solum proximitatem, sed etiam jus succedendi inter agnatos?

Argumentum deductum à fideicommissis fortasse vim aliquam habere posset, si Titius esset agnatus intra gradum præscriptum successioni agnatorum ; sed cùm nullum ha-
46 beat jus successionis, tamquam agnatus; imò agnatio in eo vel nulla sit, vel intermortua, non potest ope cognationis reviviscere. Si arbori aridæ surculum inseras, non germinabit, nec fructum ferre poterit: ut germinet, ut fructum ferat, necesse est ut arbori viridi inseratur. Si vivum corpus mortuo jungas, ipsum quoque morietur. Sic Mezentius infando supplicio miseros afficiebat, &, ut ait Virg. *lib.* 8. *Æneid.*

Complexu in misero longa sic morte necabat.

Alterum fundamentum est, quod Titius nascitur ex fœmina agnata, nupta in familia, quæ continuat, & propagat agnationem in posteros: ac proindè, cum per matrem defuncto jungatur in tertio gradu, erit in tertio gradu agnationis ; & idcircò erit proximus agnatus ratione agnationis, quam
47 ipsi mater impertit. Licèt enim per fœminam constituatur cognatio, & à matre cognatio oriri soleat, non agnatio ; §. *sunt autem Instit. tit. de legit. agnat. tut.* tamen quando fœmina nubit in familia, conservat agnationem in liberis, ut non pauci ex pragmaticis arbitrantur : quia tunc non transfertur in alienam familiam per nuptias, nec transit in familiam viri, sicut quando nubit extraneo. *l. falsus* §. *Julianus ff. quod fals. tut. l. quicumque* 10. & ibi Bartol. *C. de re milit.*

Respondetur, falsa esse omnia, quæ assumuntur. Primùm falsum est, mulierem per nuptias transferri in familiam viri. Nam mulier, etiamsi nupta sit extrà familiam, 48
tamen retinet originem, & familiam patris: *l. pater* 8. *ff. de collat. dot.* nec desinit esse agnata, ut est in confesso apud omnes: *l. 3. C. de legit. hæred.* imò nec desinit esse in potestate patris, *l. 1. §. 1. ff. de agnosc. liber. l. 2. §. 1. l. quoties. 29. ff. solut. matrim. l. filiæ licet. 12. C. de collat.* § *posteà Inst. tit. de SC. Tertull. l. 1. §. ult. & l. 2. ff. de liber. exhib. l. patri. 20. ff. ad leg. Jul. de adulter. l. nec inter 4. C. de don. int. vir. & uxor.* & ideò est sua hæres patri, *l. pen. in princ. vers. cui enim C. de legit. hæred. l. ult. ff. de dot. collat.* & succedit simul cum aliis filiis. *l. 3. l. filiæ licet C. de collat. l. 1. & ult. ff. de dot. collat. l. ult. ff. de suis, & legit. hæred. l. 1. C. de legit. hæred. l. 3. C. eod.* Nuptiæ enim non pariunt cognationem, sed affinitatem: *l. non facile §. sed quoniam 12. fin. ff. de grad. & affin.* & ideo non potest mulier in familiam viri per nuptias transferri, fierique ejus agnata; sed solum affinis. *l. quod Servius 8. ff. de condict. caus. dat.*

Prætereà falsum est, ideo mulierem non conservare suam agnationem in filiis, quia per nuptias in familiam viri transeat. Hoc enim admisso, illud etiam esset admittendum, quod filii vulgò quæsiti sint agnati suæ matris; & quod fratres vulgò quæsiti sint agnati inter se, quia eorum mater nullis contractis nuptiis in alienam familiam non transiit. Utrumque tamen falsum est. Nam filius etiam vulgò quæsitus est cognatus matri suæ: §. *vulgò quæsitos Instit. de success. cogn. l. 4. §. cognationis ff. de grad. & affin. l. 2.*

ff. unde cogn. & fratres vulgò quæsiti sunt inter se cognati. *d.* §. *vulgò quæsitos Instit. de success. cogn. & d. l.* 2. *ff. unde cogn.*

49 Verissima igitur ratio, cur mater numquam continuet, nec propaget agnationem suam in liberos, est, quia mater semper est fœmina. Leges enim distinxerunt conjunctionem per fœminas à conjunctione per masculos: hanc vocarunt agnationem: illam cognationem. Non magis igitur fieri potest, ut mater filiis agnationem impertiatur,

50 quam ut mater non sit fœmina. A patre igitur, non à matre, agnationis jura oriuntur: *l. si spurium* 4. *ff. unde cogn.* & filii patris, non matris familiam sequuntur. *l. familiæ* §. *ult. ff. de V. S. l. cum legitimæ ff. de stat. hom.*

Ex his sequitur, falsum quoque esse, quod mulier nupta in familia continuet, ac propaget suam agnationem in liberos. Etenim cum filii sint semper cognati matris suæ, *princ. tit. Instit. de SC. Tertull.* non potest continuari agnatio, quæ per hanc cognationem statim interrumpitur. Nam si filius ipse matri cognatus est, non potest esse agnatus illis, quibus per eamdem matrem

51 conjungitur: hoc enim ipso, quod per fœminam conjungitur, cognatus est. §. 1. *Instit. tit. de legit. agn. success.* §. 1. *Inst. tit. de legit. agnat. tut. l. Jurisconsultus* §. *cognati ff. de grad. & affin. l.* 2. §. 1. *ff. de suis & legit. l. sunt autem ff. de legit. tutor.* Nec usquam in jure nostro ab hac regula excipiuntur conjuncti per fœminam nuptam in familia.

Neque quisquam putet, hanc exceptionem omissam fuisse, quod rarò eveniret fœminam in familia nubere: cum imò hujus-

52 modi nuptiæ quotidiè contraherentur, earumque sæpe numerò mentio fiat in jure nostro. *l. Paulo Callimacho* 27. *ff. de legat.* 3. *l. si nepotem* 3. *ff. de rit. nupt. l. non solum* 67. §. 1. *ff eod. l. Lucius* 78. §. *filiam ff. ad SC. Trebell. l. celebrandis* 19. *C. de nupt. l. uter* 23. *ff. de cond. instit.* Ulpian. *in fragm. tit.* 5. *de his qui sunt in potest.* Nam jure Romanorum nuptiæ non prohibebantur inter transversales, nisi inter fratres, & sorores: itaque patruelem licebat uxorem ducere: §. *inter eas*, & §. *duorum Instit. tit. de nuptiis*: qua de re factum fuit plebiscitum teste Plutarcho in *Quæstion. Roman.* Imò SC. Claudiano permissum fuit etiam fratris filiam uxorem ducere: itaque Claudius Agrippinam, Domitianus Juliam, Heraclius Marcianam, fratrum filias, uxores duxerunt. Ulp. *in fragm. tit.* 5. Tacit. *lib.* 12. *annal.* Suet. *in vita Claudii cap.* 26. Filii igitur ex his nuptiis progeniti erant matrum suarum & patrueles, & filii: hoc est & agnati, & cognati. Agnati per patrem in quarto gradu: cognati per ipsam matrem in primo gradu. Sic in casu nostro Titius est defuncti cognatus, & agnatus: cognatus in tertio gradu per matrem: agnatus ultra decimum per patrem. Item & matris suæ cognatus est, & agnatus, cognatus in primo gradu tamquam filius, agnatus per patrem ultrà decimum: cum enim ejus pater sit agnatus uxoris suæ, ipse quoque per patrem sit ejusdem agnatus, sed uno gradu remotior propter additam generationem.

CAPUT XIV.

Ad l. hujusmodi 84. §. *qui servum ff. de legat.* 1.

SUMMARIUM.

1 *Dolus, dans causam contractui bonæ fidei, reddit ipso jure nullum.*
2 *Secus in contractu stricti juris.*
3 *Exceptio comparata est ad elidendam actionem. Non habet locum exceptio, ubi nulla est actio. & nn. seqq.*
4 *Non est actio ex contractu sine obligatione.*
5 *Non teneri* ipso jure: & ope exceptionis *sunt opposita.*
6 *Inest exceptio in contractibus bonæ fidei.*
8 *Exceptio doli datur etiam, cum dolus non est admissus in contrahendo, si quis petat id, quod præstari æquum non est. & 18.*
9 *Inesse dicitur exceptio, quando actio non datur. & probatur nn. seqq.*
11 *Maritus faciens impensas in res dotales ipso jure liberatur.*
12 *Impensæ minuunt dotem ipso jure.*
13 *Contractus, qui consensu constant, contrario consensu dissolvuntur, & nn. seqq.*
16 *Exceptio aliquando pactum significat.*

17 *Excipere, & recipere quid?*
19 *Petitio hereditatis est actio bonæ fidei.*
20 *Pacta neque pariunt actionem, neque ipsam tollunt.*
21 *Pacta inesse contractibus, quid?*
22 *Actiones invicem concurrentes quomodo consumantur?*
24 *Opponuntur inter se fieri aliquid* ipso jure: & jure Prætorio. *& quare.*
25 *Ipso jure fieri quid.*
26 *Cur contractus bonæ fidei sint ipso jure nulli, cùm in eis insunt exceptiones.*
27 *Explicatur ordo veterum judiciorum: & quæ essent Prætoris partes.*
28 *In jure disceptari dicebantur, quæ disceptabantur apud Prætorem: & quæ hæc essent.*
29 *Tam actio, quàm exceptio, in jure petebatur à Prætore, & apud eum de utraque disceptabatur.*
30 *In strictis judiciis exceptio omninò à Prætore impetranda.*
31 *Cur exceptio dicatur conditio.*
32 *Cur exceptio esset initio contestanda.*
33 *In bonæ fidei judiciis necesse non erat exceptionem à Prætore postulare: & quare.*
34 *Cur contractus bonæ fidei essent nulli.*
35 *Prætor in his aliquando actionem denegabat.*
37 *Quæ juris sunt, Judex supplere debet; non quæ sunt facti.*
38 *Compensatio opponi debet & probari apud Judicem, licèt minuat ipso jure obligationem.*
39 *Cur esset nullus contractus, etiamsi à debitore probanda esset exceptio.*
40 *Proponitur aliud argumentum.*
41 *Sine consensu quilibet contractus est nullus.*
42 *Actus, cui lex resistit, est ipso jure nullus, etiamsi nihil desit ejus substantiæ.*
43 *Cur in contractibus bonæ fidei dolus impediat consensum: non in contractibus strictis.*
44 *In strictis contractibus solum spectamus id, quod linguâ nuncupatum est.*
45 *Conditiones de præsenti, si falsæ sint, statim perimunt obligationem.*
46 *Quod in stipulationibus efficit expressa conventio, id in contractibus bonæ fidei efficit officium Judicis.*

1 CONstat ferè inter omnes, contractum bonæ fidei, cui dolus causam dedit, ipso jure non valere; *l. & eleganter 7 in princ. vers. aut nullam ff. de dol. mal. l. in*
2 *causa 16. ff. de minor. l. 3. §. ult. ff. pro soc.* contrà, contractus stricti juris valere ipso jure, & actionem producere, sed eam elidi, atque infringi exceptione doli mali. *l. 5. C. de inut. stipul.* Et hoc esse præcipuum discrimen inter hæc duo genera contractuum fatentur plerique omnes, & quamvis multa sint argumenta, quibus probari potest, etiam bonæ fidei contractus ipso jure subsistere, tamen ea accuratè refutantur ab Interpretibus nostris. Illud unum, quod ipsi leviter attingunt, fortasse quia parvi pendunt, nos perpendere constituimus, & explicare diligenter.

Quotiescumque datur exceptio, contractus ipso jure valet: sed in contractibus bonæ fidei, dolo initis, datur exceptio: ergo valent ipso jure. Prima propositio certa est.
Nam exceprio datur ad elidendam actionem, 3
& opponitur actioni ex contractu proficiscenti. *l. 2. in princ. ff. de exception. princ. tit. Inst. de except. l. 1. §. ult. ff. de interrog. in jure faciend.* Non potest autem esse actio, 4
ubi nullus est contractus, nulla obligatio, ex qua oriatur. *l. actionum 25. in princ. vers. in personam ff de oblig. & action. §. omnium Instit. tit. de act.* igitur nec dari potest exceptio, quia non potest elidi, atque infringi actio, quæ non est. Itaque per exceptionem adjuvatur ille, qui stricto jure est obligatus. *l. si quis duobus 30. ff. de const. pecun.* nam qui stricto jure non est obligatus, exceptione non indiget, cùm non possit conveniri. Prop- 5
tereà opponuntur hæc inter se: ipso jure non teneri: & defendi per exceptionem. *l. qui servum §. si is cui ff. de oblig. & action. l. cum quis 38. §. 1. vers. & ideo. & l. qui decem, in princ. ff. de solut. l. nec ex Prætorio ff. de reg. jur.*

Quod autem in contractibus bonæ fidei 6
detur exceptio, probatur, quia tum aliæ exceptiones, tum exceptio doli, inesse dicuntur in bonæ fidei judiciis. *l. hujusmodi 84. §. qui servum ff. de legat. 1. l. 3. ff. de rescind. vendit. l. sed etsi 21. ff. solut. matrim. l. juris Gentium 7. §. adeo ff. de pact.* Tenetur igitur contrahens ipso jure, sed adjuvatur per exceptionem.

Respondere solent: id esse intelligendum de exceptione doli, quæ oritur ex dolo incidente in contractum, cùm ille, qui sua sponte contrahit, in contrahendo decipitur, veluti si rem pluris emat, quàm fuisset empturus. Etenim contractus valet, quia dolus non dedit causam contractui, nec dolo adductus

ductus est ad contrahendum: ac proindè opus est exceptione ad purgandum dolum decipientis.

Sed hæc responsio vix potest convenire nostræ *l. hujusmodi* 84. §. *qui servum ff. de legat.* 1. ubi legatarius, ignorans sibi fuisse
7 servum legatum, eum emit ab hærede. Certè hic dolo hæredis adductus est ad emendum: neque enim fuisset empturus, si scivisset servum illum sibi legatum fuisse. Et quamquam responderi possit, hæredem quoque ignorasse servum fuisse legatum, adeoque nullum hæredis dolum in venditione intervenisse;
8 sed doli exceptione nihilominus repelli, quia dolo facit, cum ex vendito agit ad pretium, quod ei ex æquitate præstandum non est; *l.* 2. §. *circa*, *&* §. *item*, *& duobus seqq. ff. de dol. mal. except.* (Exemplum peti potest ex *l. si quis cum aliter* 36. *ff. de V. O.* ex *l. sed etsi ideo* 21. *ff. solut. matrim.*) tamen dura est hæc interpretatio, nec probabile est id hæredem ignorasse; minusque probabile, ibi de hoc solo hærede agi: præsertim quia ibi affertur ratio propria judiciorum bonæ fidei, cùm tamen eo casu idem dicendum sit in strictis judiciis. *d. l. si quis cùm aliter* 36. *ff. de V. O.*

Existimo ego hac ipsa de causa contractus bonæ fidei ipso jure non valere, si dolus eis causam dederit, quia exceptio doli inest bo-
9 næ fidei judiciis. Inesse enim exceptio dicitur, quia à Prætore non datur: nec ulla opus est ejus autoritate ad infirmandam actionem, & enervandas vires contractûs, sed actio ipsa suapte naturâ evanescit, & contractus sua sponte corruit.

Probatur id ex *l. sed etsi* 21. *ff. solut. matrim.* Ait ibi J C. quod, si maritus pro uxore impenderit, quantum ab ea dotis nomine
10 accepit, actio dotis evanescit. Quid ita? quia, cùm doli exceptio insit de dote actioni, ut in cæteris bonæ fidei judiciis, potest dici inesse hunc sumptum actioni de dote, maxi-
11 mè si ex ejus voluntate factus sit. Non est dubitandum, hoc casu maritum ipso jure liberatum esse: nam compensatio etiam olim, non solum hodie, minuebat actionem ipso jure in bonæ fidei judiciis. §. *in bonæ fidei Inst. tit. de action. l. posteaquam* 21. *ff. de compensat. l. si constat* 4. *C. eod.* Et necessariæ impensæ ipso jure dotem minuunt. *l. cùm quis* 11
uxori. in princ. ff. de dot. præleg. Itaque rectè Jurisconsultus ait, evanescere actionem de dote in *d. l. sed etsi.* Ratio autem, cur evanescat actio, ea est, quia exceptio doli inest bonæ fidei judiciis. Ergo exceptio judicio inesse dicitur, cum actio evanuit, cum reus ipso jure non tenetur. Idem igitur dicendum est in casu nostro: cum dolus dedit causam contractui, ideo contrahens ipso jure non tenetur, quia exceptio doli inest bonæ fidei judiciis.

Confirmatur ex *l.* 3. *ff. de rescind. vendit.* Post contractam emptionem contrahentes contrario consensu ab emptione discesserant. Respondit Julianus, resolutam esse venditionem, & ex empto agi non posse, quia bonæ fidei judicio exceptiones pacti insunt. Ergò inesse dicitur exceptio, quando agi non potest: quando actio nulla est, & ipso jure non tenetur, qui contraxit. Quod autem ipso jure
non teneantur emptor, & venditor, certum 13
est tum ex ipsa *l.* 3. tum quia satis constat, contractus, qui solo consensu celebrantur, contrario consensu dissolvi §. *ult. Inst. quib. mod. tollit. oblig. l. juris Gentium* 7. §. *adeo ff. de pact. l.* 2. *&* 5. §. 1. *ff. de rescind. vend.* Atque ita dissolvuntur, ut infecti fiant, nullumque eorum vestigium supersit, quasi non præcessissent. *d. l.* 2. *ff. de rescind. vend.* ibi: *potest enim conventione nostrâ infecta fieri emptio*; & paulò post: *quasi nulla emptio præ-*
cesserit. Et hoc est, quod ait Pomponius in 14
l. nec ex Prætorio ff. de reg. jur. Obligationum causas immutari posse vel ipso jure, vel per pacti conventi exceptionem. Ipso jure immutantur in his contractibus: in aliis ope exceptionis. Licet igitur contractus sit ipso jure dissolutus, & pro infecto habeatur, tamen dicitur inesse exceptio: imò ideo dicitur nullus, & quasi infectus contractus, quia inest exceptio bonæ fidei judicio.

Similis est text. in *l. juris Gentium* 7. §. *adeo ff. de pact.* unde constat, *quod exceptiones adeò insunt bonæ fidei judiciis, ut constet, in emptione aliisque bonæ fidei judiciis, re non-*

M

dum secutâ, abiri posse ab emptione, eamque dissolvi: sed in hac lege non consisto. Veris-
15 simum enim est, quod Viris doctissimis placet, in ea non agi de exceptionibus judicialibus, sed de pactis, quæ insunt bonæ fidei judiciis. *Exceptiones* postea factæ, hoc est, *pactiones* postea factæ. Sententia enim ejus legis hæc est: pactiones, postea factas, adeo inesse bonæ fidei judiciis, ut non solum liceat aliquid excipere, & cavere ne comprehendatur, & pro parte ab emptione recedere, sed etiam ut liceat abire in totum; quæ sententia pluribus verbis in eo §. explicatur, & in *l. sed Celsus 6. §. ult. ff. de contrah. empt. & in l. pacta conventa. in princ. ff. eod.* Non tamen assentior maximis Viris, Cujacio, & Antonio Fabro: quorum alter in *lib. 2. observ. cap. 15.* emendat *depectiones*; alter in suis *Rational.* legit *pactiones.* Neque enim necesse est quicquam mutare, & erit dictio multò elegantior, si nihil immutemus.
16 Exceptio est pactum, quo inter contrahentes convenit, ut aliquid obligatione non contineatur; seu quo aliquid excipiunt, & nolunt pervenire ad eum, cum quo contrahunt, & ad quem pertineret, si non fuisset exceptum. Sic usurpatur in hac *l. 7. §. adeò ff. de pact.* & in *l. pacta conventa 72. §. 1. ff. de contrah. empt. l. quæro 39. circa fin. ff. de action. empt.* Flac. *de condit. agror. Privata itaque via ad finitiones agrorum non pertinent, sed ad itinera eis præstanda, quæ sub exceptione nominari in emptionibus agrorum solent.*
17 Excipere enim significat pacisci, & cavere, ut eximatur aliquid à contractu, & obligatione, ne ad emptorem, aut alium perveniat, ad quem ex vi contractûs fuisset perventurum *l. qui usumfructum 36. §. stipulatus ff. de usufr. l. 2. §. apud Julianum ff. de hered. vel act. vend. l. fundi 17. §. si ruta ff. de action. empt. l. 3. ff. de evictION. l. qui duo 30. ff. de servit. rust. præd. l. si venditor ff. de religios. l. in lege ff. de contr. emption. l. Julianus §. penult. ff. de action. empt. l. qui quatuor 30. §. si fundum ff. de legat. 3.* Varro *de re rustic. In emptionibus eo jure utimur, quod lex præscripsit: alii enim plura, alii pauciora excipiunt.* Idem quoque dicebant *recipere*, quasi *retinere*, & non transmittere ad eum, ad quem fuisset perventurum, ut explicat Gell. *lib. 17. cap. 6. l. qui libertatis 69. §. sed etsi quis ff. de evict. l. quicquid 10. ff. commun. præd l. qui fundum. §. fundi. & §. cùm fundum ff. de contrah. empt. l. si mercedem. §. ult. ff. de action. empt. l. Seja 42. in princ. ff. de donat. caus. mort. l. qui fundum 205. ff. de verb. sign.* Recipere enim, & excipere idem significant, ut constat ex *l. qui duo 30. ff. de servit. rust. præd.* & ex Gell. *d. lib. 17. cap. 6. circa medium.* Plaut. in *Trinum.*

Posticulum hoc recepit, cum ædes vendidit.

Cic. *de orator. lib. 2. Sed dicet te, cùm ædes paternas venderes, ne in rutis quidem, & cæsis solium paternum recepisse.* Simile est, quod ait id. Cic. *in Topic.* Itaque pactio illa, quæ in hac *l. 7.* dicitur *exceptio*, dicitur *receptio* in *l. quicquid 10. ff. commun. prædior.*

Ad rem redeamus. Marcus Imperator constituit, ut in strictis judiciis compensatio admitteretur oppositâ doli mali exceptione: *§. in bona fidei. Instit. tit. de action.* quia dolo 18
facit, qui petit id, quod redditurus est. *l. in condemnatione 173. §. ult. ff. de regul. jur. l. dolo facit. 8. ff. de dol. mal. exc. l. qui non militabat 78. in princ. ff. de hered. instit.* At verò in judiciis bonæ fidei compensatio ipso jure minuebat actionem: *l. 4. & l. posteaquam 21. ff. de compensat. l. si constat. 4. C. eod.* ea de causa, quia in judiciis bonæ fidei Judex ex bono, & æquo æstimandi potestatem habet, ut ait Legislator noster Justinianus in *§. in bona fidei. Instit. tit. de action.* hoc est, quia exceptiones insunt in bonæ fidei judiciis: hæc enim duo in idem recidunt, ut infrà dicemus. Igitur actio, quæ in strictis judiciis eluditur ope exceptionis doli, in judiciis bonæ fidei ipso jure minuitur, & evanescit: & ideò evanescit ipso jure, quia in his exceptiones insunt: ergò inesse dicuntur exceptiones, quia reus ipso jure non tenetur, & nullâ opus est exceptione, sed actio suâ sponte labitur.

Confirmatur id satis evidenter, quia cùm 19
petitio hæreditatis sit actio bonæ fidei. *l. ult.*

in fin. C. de petit. hered. §. *actionum* 28. *in fin. Instit. tit. de action.* nullâ opus est exceptione doli ad liberandum reum, sed ipso jure, & officio Judicis tutus est. *l. planè. vers. nam nec exceptio. l. ult. in fin. ff. de petit. heredit.* Et tamen negari non potest, in hoc judicio inesse doli exceptionem, cùm exceptiones insint in omnibus bonæ fidei judiciis. *l sed etsi ideò* 21. *ff. solut. matr. l. hujusmodi* 84. §. *qui servum ff. de legat.* 1.

Sic etiam, licèt nuda pacta non pariant obligationem, & actionem, *l.* 7. §. *quin imò ff. de pact. l. legem C. eod. l. solent.* 15. *ff. de*
20 *prescript. verb.* eamdemque ipso jure non tollant, sed solum pariant exceptionem, quâ actio eliditur, §. *præterea Inst. tit. de excep. l. juris Gentium* 7. §. *sed cum nulla ff. de pact. l. si unus* § *si cum decem ff. eod.* tamen pacta incontinenti adjecta insunt bonæ fidei contractibus, & judiciis; & quando insunt, non
21 amplius prosunt ope exceptionis, sed formant ipsam actionem, eamque aut minuunt, aut amplificant; & prosunt ipso jure. *l.* 7. §. *quin imò ff. de pact. l. pacta conventa* 74. *in princ. ff. de contrah. empt. l. lecta. vers. dicebam ff. de reb. cred. l.* 4. *l. emptori* 37. *l. si dictum* 56. *ff. de evictiōn. l. cum dotem* 10. *C. de jure dot. l. in bona fidei* 13. *l. petens* 27. *C. de pact. l.* 5. *& l. penult. C. de pact. int. empt.* Quemadmodum autem pacta, sic & exceptiones inesse dicuntur bonæ fidei judiciis, cùm ipso jure tollunt, aut minuunt actionem, nec opus est exceptione ad repellendum actorem. Imò etiam pacta ex intervallo adjecta, si detrahant aliquid contractui, dicuntur contineri contractu, hoc est, inesse contractui. *l. pacta conventa* 72. *in princ. ff. de contr. empt.* sed ea solum pacta insunt, quæ legem contractui dant, & formant ipsam actionem. *l.* 7. §. *quin imò ff. de pact.* Ergò hæc pacta etiam ex intervallo adjecta formant actionem, eamque minuunt ipso jure. Atqui certum est, pacta ex intervallo adjecta non esse partem contractus, & solum parere exceptionem, ut modò diximus: ergò exceptiones inesse judiciis, & ipso jure liberatum esse debitorem, & diminutam aut extinctam actionem, idem significant.

Adde, quod in incursu plurium actionum altera alteram ipso jure tollat, cùm ea, quæ tollitur, est bonæ fidei: cum verò est stricta, tollitur per exceptionem; *l. prædia* 28. *ff. de* 22
action. empt. l. qui servum 34. §. *si is cui rem, ff. de oblig. & act. l. si is cui* 71. *ff. de furt.* non alia de causa, nisi quia exceptiones insunt bonæ fidei judiciis.

Quapropter animadvertendum est, in nostra *l. hujusmodi* 84. §. *qui servum ff. de legat.* 1. non repelli actorem exceptione doli mali, sed reum absolvi actione ex vendito: hoc est, venditorem recedere debere à sua 23
actione, & emptorem dimittere. *l. si ex duabus* §. 1. *ff. judic. solvi. l. fullo* 90. *in princ. ff. de furt. l. quid enim* 14. *ff. de dolo mal.*

Demonstravimus, ut arbitror, satis perspicuè sententiam nostram: nunc est explicandum, quâ ratione id possit evenire. Op- 24
ponuntur hæc duo inter se, liberari aliquem, aut aliquid constitui *ipso jure*, & *jure Prætorio l.* 1. §. *ult. ff. de superfic. l.* 1. §. *idem Pomponius ff. quod falso tutor. l.* 1. *quib. mod. ususfruct. amitt. l si ususfructus.* §. 1. *ff. ususfruct. quemadm. cav.* Etenim ipso jure fieri dicitur, quod fit jure Civili, & jus Civile opponitur hac in re juri Prætorio: §. 1. *& seqq. Instit. de exception.* & quamvis jus Prætorium sit pars juris Civilis, §. *Prætorum Instit. tit. de jure Nat. Gent. & Civ.* tamen emphaticè jus Civile dicebatur ipsum jus, jus merum, jus strictum, jus solemne. *l. in causæ ff. de minor. l. penult. ff. de constit. pecun. l. nec ex Prætorio ff. de reg. jur.* Quam- 25
obrem cùm dicimus contractus bonæ fidei ipso jure non valere, ipso jure tolli, aut minui actionem; id significamus, hoc totum fieri operâ, atque autoritate juris Civilis, & cessare partes Prætoris, nec ejus auxilio opus esse. *l. in causæ* 16. *in princ. & in* §. 1. *ff. de minor.* Hoc ipsum usu venit in contractibus bonæ fidei. Contractus, & actiones constituuntur bonæ fidei ab ipso jure Civili. *l. ult. in fin. C. de petition. heredit.* §. 26
actionum. in fin. cum §. *seq. Inst. tit. de action.* De natura horum contractuum, & actionum est, ut in eis insint exceptiones, hoc est, ut

non egeant auxilio Prætorio, unde extrinsecus adveniunt exceptiones ad eos infirmandos, à Prætore concessæ. *l. planè, & l. ult. ff. de petit. hered.* Hanc autem naturam à jure Civili acceperunt: igitur ipso jure non valent, ipso jure tolluntur; hoc est jure Civili. Si necessaria esset Prætoris autoritas, & exceptio à Prætore data, ut infirmarentur, utique eliderentur & infirmarentur jure Prætorio, & ope exceptionis: sed cùm neque Prætoris autoritate sit opus, neque ulla exceptione, utique nulli sunt ipso jure, & ex sua ipsorum natura, quam à jure Civili acceperunt.

Sed hæc altius repetenda sunt, & uberius explicanda. Olim Romæ Prætor causas privatas non judicabat, sed Judices petentibus dabat, dabat actiones, dabat exceptiones.
27 Itaque litigatores primum omnium à Prætore postulare debebant Judicem, actionem, & exceptionem; ac proindè apud Prætorem disceptabatur non quidem de controversia, sed an is, qui petebat, agere posset; an ejus generis actio, an eo tempore, quo petebat, ei tribuenda esset; & rursus an reo danda esset exceptio, quam adversus actorem postulabat: & hæc in jure disceptari dicebantur,
28 nempè apud Prætorem. *l. jus pluribus. in fin. ff. de justit. & jur. l. 4. §. ult. ff. de interrog. in jur. facien. l. si feriatis 6. in fin. ff. de feriis. l. 1. §. postulare & §. ait Prætor. ff. de postul.* Plaut. *in Menechm. seu in jure, seu ad Judicem res est.* Cornif. *ad Heren. lib. 6. Ex translatione controversia nascitur, cum aut tempus differendum, aut accusatorem mutandum, aut Judices mutandos reus dicit: hac parte constitutionis Graci in judiciis, nos in jure Civili plerumque utimur.* & infrà: *Quaritur in translationibus primùm, num aliquis ejus rei actionem, aut petitionem, aut possessionem, aut persecutionem habeat, quam non oporteat: num alio modo, tempore, loco, num alia lege, num alio quærente, aut agente.* Cicer. *lib. 2. de invent. Atque in nostra quidem consuetudine multis de causis fit, ut rarius incidant translationes: nam & prætoriis exceptionibus multa excluduntur actiones, & ita jus Civile habemus constitutum, ut causâ cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. Quare in jure plerumque versantur: ibi enim & exceptiones postulantur, & quodammodo agendi potestas datur, & omnis conceptio privatorum judiciorum constituitur.* Idem *in partition. Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, cum, aut sitne actio illi, qui agit, aut jamne sit, aut num jam esse desierit, aut illâne lege hisne verbis sit actio, quæritur. Quæ etiamsi, antequam res in judicium venit, aut concertata, aut dijudicata, aut confecta non sunt, tamen in ipsis judiciis permagnum sæpè habent pondus,* &c. Cicer. *de invent. lib. 2. Postulat is, quo cum agitur, à Prætore exceptionem.* Id. *in Lucull. Postulat, ut excipiantur hæc inexplicabilia. Tribunum aliquem, censeo, adeant: à me istam exceptionem numquam impetrabunt.* Victorius in *Cicer. de invent. Apud Prætorem, cum litis ipsius forma componeretur, ibi partes, aut excipiebant, aut simplicem actionem accipiebant. Undè in ipso jure, hoc est, apud Prætorem tractabatur exceptio.* Qui volet exempla hujus disceptationis, adeat Ciceronem *lib. 2. de invent. & l. 1. de orator.* Igitur, & actio, & exceptio postulabatur à Prætore, & an utraque danda esset, apud eum disceptabatur. Hinc toties in jure nostro traditum est, à Prætore causâ cognitâ actionem dati. *l. item si eum 14. §. 1. ff. quod met. caus. l. ait Prætor. 10. ff. quæ in fraud. credit. l. si quis affirmavit 9.* alias *l. si oleum §. ult. & seqq. ff. de dol. mal. l. item apud Labeonem §. Prætor. 34. cum seqq. ff. de injur. l. sed etsi restituatur §. sed etsi dies ff. de judic.* Causæ autem cognitio utriusque partis præsentiam, & disceptationem supponit. *l. in causa 13. in princ. ff. de minor. l. unic. C. si adversus dot.* Idem ferè traditum de exceptione in *l. 1. sunt qui putant ff. ne quid in flum publ. in l. 1. §. Labeo ff. de flum.* Ascon. Pædian. *in 3. action. in Verr. Et tandem inquisitâ, auditâ, cognitâque utrimque causâ, in verba litis ejus componebat, quod Judici præscribebat, ut secundum illud præsens controversia definitionem acciperet.*

Hoc intererat inter actionem, & exceptionem; quod actio semper à Prætore postu-

landa erat ; exceptio verò solum in strictis judiciis, ita ut reus condemnandus esset, nisi à Prætore impetrasset exceptionem. §. 1. *& 2. Inst. tit. de exception. l. 5. C. de inutil.*
30 *stipulat.* Judex enim in his judiciis alligatus erat formulæ à Prætore compositæ. Formula hoc ferè modo concipiebatur. *Si paret Titium dare oportere, Mævius judex esto, eumque condemnato: nisi si dolo malo inductus promiserit.* hinc dicta est exceptio, quia Prætor reum condemnari jubebat, sed excipie-
31 bat eum casum, quo dolo inductus fuisset, aut alium quemlibet. Hinc etiam exceptio dicitur conditio in *l. exceptio 22. ff. de except.* quia Prætor jubebat reum condemnari, sub conditione, si non hoc, aut illud factum fuisset, quibus verbis conditionis proponi solebat exceptio. *l. si is qui §. pen. ff. de pignor. l. sicut §. quod si is fundus ff. quib. mod. pign. solv. l. creditor. ff. qui pot. in pign. l. itaque ff. de procurat. l. Papinianus. in fin. ff. de Publician. l. qui pendentem ff. de action. empt. l. consilio §. 1. ff. de curat. furios. l. quamdiu ff. de bon. libert. l. vir uxore §. 1. ff. ad SC. Vellejan.* & passim in jure nostro. In his
32 igitur judiciis reus ipso jure tutus non erat ; sed jure Prætorio; sed ope exceptionis à Prætore concessæ, quæ ideò initio opponenda erat, & contestanda : *l. siquidem 9. vers. nam si etiam C. de exception. l. emptor. C. de præscript. long. tempor. l. præscriptionem 8. C. de exception. l. exceptionem 19. C. de procur.* nam eâ omissâ Judex omninò reum condemnare debebat : quare reus solo Prætoris auxilio à condemnatione liberabatur.

In judiciis bonæ fidei non postulabatur à Prætore exceptio, quia inerat in ipso judicio, & ex natura ipsius actionis, atque contractûs. Itaque in his judiciis Prætor certos
33 terminos Judici non præscribebat, sed eum ex bona fide judicare jubebat: §. *in bonæ fidei Instit. tit. de action.* & constat ex Cicerone in *Topic.* & alibi, cujus verba afferre superse-
34 demus, quia ab aliis afferuntur. Quamobrem hi tractatus non auxilio Prætoris accedente infirmabantur, neque prætoria exceptione eorum actio elidebatur ; sed ipsa ex se ipsa consumebatur, & propriâ naturâ contractus erat irritus, & ipso jure munitus erat reus : hoc est, jure Civili, quod eam naturam his contractibus tribuerat, ut intestino vitio laborarent, & suapte naturâ deficerent. Itaque quod in strictis judiciis efficit exceptio, & auxilium Prætoris, id in his efficit natura ipsa contractûs ; ac propterea, sicut illi contractus ope Prætoris nulli, atque inutiles efficiuntur ; sic hi naturâ suâ, & ipso jure nulli sunt, atque inutiles.

Ac si quis contendat Prætorem ex his contractibus, quibus dolus causam dederat,
actionem non dedisse ; eum non facile re- 35
prehendi posse crediderim. Ostendimus, apud Prætorem disputatum fuisse an actio danda esset : duabus de causis hæc disceptatio instituebatur. Prima erat, ut Prætor posset decernere, an ipse deberet cognoscere, an verò Judicem dare. *l. 9. in fin. ff. de offic. Præs.* Altera, ut inspiceret, an leges, an æquitas actionem dari permitterent, ut constat ex *ll.* quas suprà adduximus, & ex *l. ult. ff. de alienat. mut. jud. caus. fact.* Itaque sæpenumerò traditum est in jure nostro, Prætorem causâ cognitâ actionem denegaturum. *l. Titia 34. ff. solut. matr. l. in causa 13. in princ. ff. de minor. l. 4. in princ. ff. de judic. l. si debitor 30. ff. de solution. l. veluti ff. de verb. obl. l. 1. §. ait Prætor. cum seqq. & l. eleganter §. ult. ff. de dol. mal. l. non alias 24. §. ult. ff. de judic. l. item apud Labeonem §. Prætor ait. cum seq. ff. de injur. l. nihil interest §. 2. ff. de bon. libert. l. filiofam. §. ult. ff. de procurat. l. etsi 7. ff. de oper. nov. nunciat. l. si cum ff. de nox. action. l. 1. §. in operis ff. de nov. oper. nunc. l. 1. in princ. ff. de aleator. l. Patris §. 1. ff. de minor.* Quapropter, si reus poterat facile Prætori probare, se dolo adductum fuisse ad contrahendum, Prætor actori denegabat actionem, argum. text. in *l. nam posteaquam. in princ. ff. de jurejur. in l. necessariis in princ. ff. de acquir. vel om. hered. in l. veluti 27. ff. de verb. oblig.* Quorsum enim à Prætore daretur actio, in qua juberet reum ex bona fide condemnari, si reus ex bona fide condemnari non poterat? *l. 3.*

tamur voluntatem contrahentium. *l. sed & Celsus* 6. §. 1. *ff. de contrah. empt.* §. *in bona fidei* 30. *Inst. tit. de action. l. licet* §. 1. *ff. de*
44 *jur. dot.* Non admittitur autem in contractibus stricti juris, in quibus solum spectamus id, quod linguâ nuncupatum est, nec ab eorum verbis recedimus. *l. ita stipulatio* 115. *in princ. ff. de V. O.* & ad rem nostram est testim. *l. si ita stipulatio* 126. §. *Chrysogonus in fin ff. de V. O.* Igitur deest consensus in contractibus bonæ fidei, non in strictis.

Explicabo planius. Si quis falsâ causâ adductus ad promittendum, promiserit sub conditione: *si causa illa vera sit*, stipulatio ipso jure non valebit, quia conditio falsa de
45 præsenti ipso jure vitiat contractum. *l. si ita stipulatus* 20. *ff. de V. O.* §. *conditiones Inst. eod.* sed quod efficit in stipulatione id, quod expressum est, idem efficit in contractibus bonæ fidei id, quod suppletur ex interpretatione, & officio Judicis. *l.* 7. *ff. de negot. gest. l. Lucius* 20. *ff. deposit.* ergò sicut hæc conditio expressa in stipulatione redderet
46 nullam stipulationem deficiente consensu, ita reddit nullum contractum bonæ fidei, & tollit consensum, etiamsi expressa non sit, quia suppletur interpretatione, & officio Judicis ex bono, & æquo.

CAPUT XV.

Ad l. hæc, si res 47. *ff. de rei vind.*

SUMMARIUM.

1 *Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur.*
2 *Sine nova traditione transfertur, cùm traditio præcessit ex alia causa & quare. n. 3.*
3 *Dominium cœpit à naturali possessione.*
4 *Possessio non solo animo, sed animo & corpore acquiritur.*
5 *Quando non sit necessaria rei præsentia ad dominium transferendum.*
6 *Opponitur text. in* l. ejus rei. cum seq. ff. de rei vind. *& explicatur.*
7 *Rei vindicatio datur contra possessorem.*
8 *Datur etiam contra eum, qui liti se obtulit, aut dolo desiit possidere.*
9 *Cur præsens res dicatur, quæ possidetur: absens, quæ non possidetur. & n. 15.*
10 *Mos olim observatus in rei vindicatione.*
11 *Cur dicta vindicatio?*
12 *Vindiciæ, & vindicia quid?*
13 *Explicatur Cicero in* oratione pro Muræna.
14 *Rei præsentis nomen in judiciis quid significet?*
16 *Qui liti se obtulit, aut dolo desiit possidere, condemnatur ad puniendum ejus dolum.*
17 *Si actor à possessore consequatur rem vel æstimationem, non potest postea convenire eum, qui dolo desiit possidere: at, si prius hunc convenerit, potest postea possessorem convenire: & quare?*
18 *Possessio adversarii parit actionem in rem.*

QUamvis rerum dominia traditionibus, non nudis pactis, transferantur, *l. tra-*
ditionibus C. de pact. tamen, quando præcef- 1
sit traditio ex quacumque causa, ex qua res est in potestate alicujus, non est necessaria nova traditio, & solâ conventione dominium transfertur in eum, qui rem ex alia causa detinet. *l. certi condictio* 9. §. *ult. ff. de reb.*
cred. l. qui negotia 34. *ff. mand. l. qua ratio-* 2
ne §. *interdum ff. de acquir. rer. domin.* §. *interdum Instit. tit. de rer. divis. l. absenti* 10. *ff. de donat. l. si servus* 21. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom. l. si fur.* 32. *in princ. ff. de usucap. l. si sponsalibus* 58. §. 1. *ff. de jure dot.* Nam res pro tradita habetur ex hac nova causa, idonea ad transferendum dominium. *l. si rem quæ apud te esset ff. de eviction. d. l. si sponsalibus l. sive autem* 9. §. 1. *cum seq. ff. de Publician.*

Quorsum enim traditio, nisi ut rem redi-
gat in potestatem accipientis? Dominium 3
enim cœpit à naturali possessione. *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. poss.* supervacanea igitur est traditio, quando res est in potestate ejus, qui dominium debet acquirere; & ab eo naturaliter possidetur. Superveniente enim titulo, & animo, affectuque dominii, efficitur justa, & civilis possessio. *l.* 3. §. *Ne-*
ratius ff. eod. Neque hæc possessio solo ani- 4
mo acquiritur, quod fieri non potest, *l.* 3. *in princ. & l. quemadmodum* 8. *ff. eod.* sed animo, & corpore: accessit enim animus præcedenti detentioni corporali; quo fit, ut ànimo & corpore res possideatur, & per possessionem dominium acquiratur.

Neque in hac dominii translatione neces- 5
saria est rei præsentia. Cùm enim ad justam

possessionem desit solus animus; eo accedente statim efficitur justa, & civilis possessio. Et cum ad dominium transferendum desit solummodo titulus idoneus, eo per conventionem supervenieute, statim dominium acquiritur. Animus enim, & titulus non desiderant rei præsentiam, & etiam è longinquo operantur. Itaque nusquam Veteres in hac dominii translatione præsentiam rei desiderarunt.

Contrarium tamen videtur constitutum in
6 *l. ejus rei* cum *l. seq. ff. de rei vind.* ubi Paulus ait, quod, si reus, qui conveniebatur rei vindicatione, convenerit cum actore de solvenda rei æstimatione, dominium statim ad possessorem pertinet. Subdit deinceps in *l. seq. Hac, si res præsens sit; si absens, tunc, cum possessionem ejus possessor nactus sit ex voluntate actoris.*

Qui totius legis verba paulò accuratius perpenderit, facilè intelliget, præsentem rem à Paulo dici, quæ est in potestate rei conventi: absentem, quæ non est in ejus potestate, sed ab alio possidetur. Demonstrant id verba, quæ subsequuntur: *Et ideò non est alienum, non aliter litem æstimari à Judice, quam si caverit actor, quod per se non fiat, possessionem ejus rei traditum iri.* Si actor cavere debet per se non fieri, quominùs possessio reo tradatur, ergò res ab alio possidebatur, & non erat in potestate rei.

Nec obstat, quod in ea lege reus appella-
7 tur possessor, & quod rei vindicatio competit solum contra possessorem. §. 1. *Instit. tit. de action. l. officium 9. ff. de rei vindic.*

Nam respondetur, agi rei vindicatione etiam cum eo, qui aut liti se obtulit, aut desiit dolo possidere. *l. qui petitorio 36. l. quod si dolo 22. l. is qui se obtulit ff. de rei*
8 *vindic. l. sin autem 27. ff. eod.* Et quia hi conveniuntur, tamquam possessores, & tamquam possessores condemnantur; *l. qui dolo 131. ff. de reg. jur.* uno verbo, pro possessoribus habentur; idcircò à Paulo reus conventus possessor appellatur.

Sed quâ ratione, quave de causâ præsens res dicatur, quæ à reo detinetur, & in
9 ejus potestate est; absens, quæ detinetur ab alio; non explicant Interpretes nostri. Videtur autem absurda hæc loquendi forma. Atque eò magis, quod agitur de judicio. Quis autem, cùm convenitur, rem petitam affert in judicium? Certè hujus rei exemplum singulare affertur in *l. qui vas argenteum ff. de furt.*

Verùm enimverò plena est reconditæ eruditionis, & antiquitatis hæc elocutio. Verba hæc accommodata sunt ad veterem judiciorum formam. Vindicabant enim rem in judicio, tamquam præsentem, cùm à reo possidebatur. Refert A. Gell. *lib. 20. Noct.* 10
Attic. cap. 9. primis Reip. temporibus, cùm Romanum Imperium angustis finibus concluderetur, eum, qui jurisdictioni præerat, simul cum litigantibus in rem præsentem venisse, atque ibi litigantes manum conseruisse, juxta leges duodecim Tabularum, in quibus scriptum erat: *Si qui in jure manum conserunt.* Atque hinc fortasse nomen vindicationis inditum huic actioni. Ut enim ait Cicer. 2. *de inventione*: *Vindicatio est, per* 11
quam vis, aut injuria, aut omninò, quod obfuturum est, defendendo, aut ulciscendo propulsatur. In hac manuum consertione vim adhibebat actor, vim propulsabat reus, & imaginarium quoddam, ac civile bellum inter eos peragebatur. Quamobrem non immeritò Ennius bellum huic consertioni comparavit illis versibus:

Non ex jure manu consertum, sed mage ferro.
Rem repetunt: Regnumque petunt: vadunt solidâ vi.

Sed ad rem redeamus. Subjicit idem Gellius, quod propagatis Imperii finibus, cùm Prætor gravaretur in res longinquas proficisci, institutum fuit, tacito consensu contra leges XII. *Tabul.* ut ex jure manu consertum vocarent: id est, alter alterum ex jure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret: atque ita profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, veluti unam glebam, in jus, in Urbem ad Prætorem deferrent, & in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent. Hanc glebam, quæ totum agrum repræsentabat, *vindicias*, seu 12
vindiciam

vindiciam appellatam Festus ait, & apud eum Servius Sulpitius. Glossæ quoque, quæ Philoxeno tribuuntur, ita vindicias definiunt: *τὰ ἐν ἀμφισβητήσει πράγματα. res quæ sunt in controversia.* Longè alia est sententia Asconii Pædiani *in 3. in Verr.* & aliorum Scriptorum. Sed hæc ad rem nostram non pertinent.

Paulatim autem obsolevit etiam solemnis illa litigantium profectio, & res redacta est ad imaginariam, fictamque profectionem, ac meram solemnitatem, ut conjecturâ assequi possumus perpendendo verba Ciceronis, irridentis Jurisconsultos in *oratione pro Muræna.* Ne sim longior, verba Ciceronis prætermittam, formulas tantum litigantium ac Prætoris inde depromam. Actor igitur his
13 verbis in jure utebatur: *Fundum, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum esse aio: inde ego te ex jure manu consertum voco.* Tum respondebat reus: *Unde tu me ex jure manu consertum vocasti, inde ego te revoco.* His Prætor subjiciebat hæc verba: *Utrisque superstitibus præsentibus istam viam dico: ite viam.* Præsto erat JC. qui doceret ire viam. Tum Prætor: *redite viam.* Fingebant igitur in agrum proficisci, atque inde reverti, glebâ in jus allatâ. Atque hæ formulæ in usu erant etiam tempore A. Gellii, ut ipse testatur ibidem, qui floruit non
14 multò ante Paulum nostrum. Quamobrem non est incredibile, etiam ejus ætate ventum fuisse in rem præsentem fictâ illâ, atque imaginariâ profectione; vel saltem mansisse nomen rei præsentis, & conservatam fuisse illam reliquiam vetustatis etiam abolitâ consuetudine eundi, & redeundi: quemadmodum *vindictæ* nomen mansit etiam sublatâ virgâ, & aliis solemnibus ejus manumissionis.

Rectè igitur Paulus vocat præsentem rem, quam reus possidet, quia tunc vindicatur tamquam præsens; ac præsens esse fingitur.
15 Dicitur autem absens, cum à reo non possidetur, quia tunc agitur ad puniendum dolum rei, ac reus condemnatur ad præstandam litis æstimationem, non tam propter rem possessam, quam propter dolum, qui pro possessione habetur. *l. qui dolo & l. parem ff. de reg. jur.* hujus rei argumento sit: quod, si actor prius convenerit possessorem, 16
& ab eo vel rem ipsam, vel litis æstimationem sustulerit, non potest amplius convenire eum, qui dolo desiit possidere. Contrà, si prius convenerit eum, qui dolo desiit possi- 17
dere, & ab eo consecutus sit rei æstimationem, potest nihilominus convenire possessorem, & ab eo auferre rem, vel litis æstimationem. *l. nec ullam §. pen. in fin. ff. de petit. hæredit. l. Stichum §. dolo ff. de solut. l. si is qui 7. ff. de rei vindicat.* Ratio est, quia possessio parit actionem in rem. *l. un. C. de alien. mut. judic. caus.* Itaque licet consecutus sit rei æstimationem ab eo, qui dolo desiit possidere, tamen extincta non est actio, quam ei parit possessio alterius, qui verè possidet. Atqui illam litis æstimationem consecutus est ex dolo adversarii, non ex ejus possessione. Quare nulla causa est, cur solutio hujus æstimationis extinguat actionem. Contrà verò secundo casu, quia rem vel litis æstimationem à possessore aufert propter rem possessam, & ex causa possessionis, statim extinguitur actio, quæ ex ea possessione nata erat. Nec amplius haberi potest ratio doli ejus, qui desiit possidere, cum actor dolo illo deceptus non sit, nec damnum sit passus re suâ recuperatâ. argum. text. *in l. is qui se obtulit 25. cum seq. ff. de rei vind.*

Non potest igitur fingi res præsens, quando reus non possidet, cùm potius dolus, quam possessio, liti causam præbeat.

CAPUT XVI.

Ad l. Ejus qui 41. ff. de reb. cred.

SUMMARIUM.

1 *Error contrarius est consensui.*
2 *Quod per errorem actum fuit, non valet.*
3 *Error in corpore rei vitiat contractum.*
4 *Error impedit dominii translationem.*
5 *Non transfertur dominium, nisi concurrat affectus utriusque contrahentis.*
6 *Qui transfert aliud dominium, quam quod vult, nihil transfert.*
7 *Tradens voluntate, aut jussu domini, transfert dominium.*

8 *Dominium non transfert, qui vult transferre dominium, quod non habet, licet sit ex alia causa dominus.*
9 *Explicatur* l. servum Titii ff. mand.
10 *Diversa sunt dominia, ex diversis causis quæsita.*
11 *Quem de evictione tenet actio, multo magis repellit exceptio.*
12 *Transfertur dominium ab eo, qui vult illud dominium transferre, etiamsi ignoret se habere.*
13 *Explicatur* l. ejus qui 41. ff. de reb. credit.
14 *Explicatur* l. si pater ff. de man. vind. *& qua in re differat libertas à dominio.*
15 *Jussus & mandatum morte mandantis finiuntur.*

1 ERror contrarius est voluntati, & consensum, & conventionem impedit. *l. sed hoc ita* 20. *ff. de aqu. & aqu. pluv. l.* 2. *ff. de judic. l. si per errorem ff. de jurisdict.*
2 *omn. judic.* hinc nihil valet, quod per errorem actum est. *l. in omnibus negotiis ff. de obligat. & act.* Multi errores possunt in contrahendo, & hominum commerciis intervenire. Duo sunt meo judicio similes: error in corpore rei, de qua contrahimus: & error in dominio, quod volumus transfer-
3 re. Si erratum sit in corpore rei, inutilis & irritus est contractus, ac nulla ex eo nascitur obligatio. *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *l. continuus* 137. §. 1. *ff. de V. O. l.* 9. *in princ. ff. de contr. empt.* §. *si de alia Instit. tit. de inut. stip.*

Si erratum sit in dominio, quod transferre volumus, pariter inutilis, & irritus est actus, nec dominium transfertur. Nemo
4 enim errans rem suam amittit. *l. si procurator* 35. *ff. de acquir. rer. domin. l.* 3. §. *subtilius ff. de cond. caus. dat. l. etsi consensum* 15. §. *ult. ff. de contr. empt.* quemadmodum enim nullus sine conventione potest esse contractus, *l.* 1. §. *adeo ff. de pact.* ita
5 & dominium transferri non potest, nisi concurrat affectus ex utraque parte contrahentium. *l. in omnibus rebus ff. de oblig. & action.*

6 Sunt autem similes hi duo errores. Sicut enim non sufficit ad contrahendam obligationem, velle fundum vendere, vel alio modo contrahere, nisi fundus, quem vendimus, sit ille ipse, quem vendere volumus; ita non sufficit velle dominium transferre, nisi illud ipsum dominium transferamus, quod volumus: & sicut vendendo aliud corpus, quam quod vendere volumus, venditio nulla est, ita transferendo aliud dominium, quam quod transferre volumus, nihil agimus, & nulla est alienatio. *l. etsi consensum* 15. §. *ult. ff. de contr. empt.* Vendidisti mihi, vel donasti rem meam, & jussu meo alii tradidisti. Nulla videtur esse causa, cur dominium non transferatur in accipientem: nam qui rem tra- 7
dit jussu, & voluntate domini, transfert dominium. §. *nihil autem interest Instit. tit. de rer. divis.* Dominus eram: habui voluntatem transferendi dominii: intervenit traditio necessaria ad dominium transferendum, & tamen dominium non transfertur. Quid ita? quia volui transferre dominium, non meum, quod habeo, sed tuum, quod transferre non possum, quia non habes. *d. l. etsi consensum. in fin.*

Idem omninò statuendum est, si volue- 8
rit transferre dominium, quod putat se habere, cum non habeat, licet sit dominus ex alia causa, & habeat dominium, quod se habere ignorat. Sicut enim, qui vult vendere, aut donare fundum Cornelianum, & vendit, aut donat Sempronianum, non contrahit obligationem, licet habeat fundum Sempronianum, deficiente voluntate; *l. in conditionibus* 9. *in princ. ff. de contr. empt.* ita non transfero dominium, licet illud habeam, si non eo animo sum, ut illud ipsum, quod habeo, transferam; sed aliud ab eo diversum, quod transferre non possum, quia non habeo. *l. servum Titii* 49. *ff. mand.* 9
Servi dominus eram, cum id ignorarem. Fui hæres Sempronii, qui servum illum emerat à non domino, ac proindè dominus factus non fuit. Cùm tamen crederem, Sempronium dominum fuisse, putabam dominium Sempronii in me translatum fuisse jure hæreditario: & me esse servi dominum tamquam hæredem Sempronii, cum verè multò ante dominus essem ex alia causa. Vendidi servum illum, vel alius jussu meo vendidit: non transfero dominium in emptorem. Volo enim transferre dominium in me à Sempronio translatum jure hæredita-

rio, quod transferre non possum, quia non habeo. Dominium autem, quod habeo, non transfero, deficiente voluntate: cum enim dominium illud me habere ignorem; non possum habere voluntatem ejus trans-
10 ferendi. Sunt autem diversa hæc dominia. *l. si mater §. eamdem causam ff. de except. rei judic.* Itaque possum servum, quem vendidi, vindicare. *d. l. servum Titii in fin.*
11 Repellor tamen exceptione doli mali, quia cùm teneat de evictione, alio vindicante, dolo facio ipse vindicans, quod vendidi. *l. vindicantem ff. de eviction.*

Quemadmodum autem, cum non est erratum in corpore rei, nihil interest, an res sit penes eum, qui contrahit, an penes alium; &, etiamsi contrahens ignoret se rem habere, quam habet, tamen contra-
12 hitur obligatio: ita transfertur dominium, etiamsi ille, qui vult transferre dominium, ignoret se illud habere, dum tamen velit transferre illud ipsum dominium, quod habet, licet putet dominium illud non penes se esse, sed penes alium. Quid enim refert, ipse habeat dominium illud, an alius, si & vult illud dominium transferre, & potest transferre, cum ipse habeat? Evenit id cum quis acquisivit ab aliquo dominium ignorans, quod in aliquem transferre vult, cum putet ejus esse, cujus erat, antequam in ipsum transferretur: veluti si dominium acquisiverit jure hæreditario ignorans.

His expositis constat, verissimè ab Afri-
13 cano responsum fuisse in *l. ejus qui. Vers. quas verò pecunias ff. de reb. cred.* pecunias à servo creditas, pro eo parte alienatas fuisse, pro qua ipse hæres extitisset, licet id ignoraret: quod responsum perculit omnes Interpretes. Servus fuit hæres domini ignorans: itaque dominium pecuniæ acquisivit ignorans. Pecuniam credidit, dominium transtulit in mutuatarium; non quia hæres videatur eadem persona cum defuncto, ut quidam Viri docti sunt arbitrati: nihil enim hoc ad rem pertinet. Non eadem persona id efficit, sed idem dominium. Voluit nimirum servus transferre dominium pecuniæ in mutuatarium, quod putabat esse penes dominum suum, & erat penes se ipsum: sed tamen erat idem dominium. Nam à domino in illum translatum erat jure hæreditario. Ignoravit, quis haberet illud dominium, non verò erravit in dominio: voluit enim illud ipsum dominium transferre, quod verè transferre poterat, quia ipse habebat jure hæreditario quæsitum. Itaque nulla ratio est, cur transferre non debeat. *§. per traditionem Instit. tit. de rer. div.* hinc puto veteres Interpretes rectè statuisse, quod, quando quis habet causam ab eo, quem dominum putat, tradendo dominium transfert, licet ipse ignoret se esse dominum. Etenim, cum habet causam ab eo, quem dominum putat; habet illud ipsum dominium, quod ille habebat: & cum velit transferre dominium, quod ille habebat, utique vult transferre suum dominium: est enim idem dominium ab eo in hunc translatum.

Idem constitutum est in libertate. Si quis servum suum manumittat, quem putat alienum, servus fit liber, quia verum est voluntate domini manumissum esse. *l. si pater* 14
4. *§. quoties ff. de manum. vind.* Nec obest error ignorantis suum esse servum, sicut non obest error ignorantis suum esse dominum. Illud animadvertendum, quod in libertate non quærimus, an manumissor habuerit causam ab eo, quem putabat dominum servi. Nam libertas una, & eadem est, nec errari potest in genere libertatis: nec ea ab uno ad alium transfertur simul cum servo, quemadmodum dominium; nec à domino quidem in servum transfertur, cum eum manumittit. Itaque in manumissione non potest manumissor errare, & velle servo dare libertatem, quam habet Titius, non quam ipse habet; cum libertas, quam servus ex manumissione consequitur, non fuerit penes quemquam; nec possit esse hæc vel illa libertas: neque enim existit ante manumissionem.

Contrarium videtur constitutum in ea- 15
dem *l. si pater. in princ.* ubi id contingere dicitur favore libertatis. Sed non eo pertinet favor libertatis, ut manumissus liber

fiat, sed ut videatur manumissus jussu, & mandato domini, etiamsi post mortem ejus fuerit manumissus, cum in aliis causis jussus, & mandatum morte finiantur. *l. si per epistolam* 50. *ff. de acquir. hered. l. mandatum C. mand.* Quod si mutata fuerit voluntas, non videbitur volente patre manumissus. *l. quaesitum* §. *Julianus ff. qui, & à quib. manum.* Itaque favor libertatis id efficit, ut, nisi constet dominum mutasse voluntatem, durare videatur etiam post mortem. *d. l. si pater.*

CAPUT XVII.

Ad l. si ego pecuniam 18. *ff. de reb. credit.*

SUMMARIUM.

1 *Error in causa contrahendi vitiat utrumque contractum.*
2 *Sine conventione nullus contractus.*
3 *Error in causa dominii transferendi impedit dominii translationem, si utraque causa non sit idonea.*
4 *In dominio transferendo concurrere debet voluntas utriusque.*
5 *Si utraque causa sit idonea, error non impedit dominii translationem.*
6 *Cur in dominio transferendo utriusque voluntas debeat concurrere.*
7 *Conciliatur Ulpianus cum Juliano, & nn. seqq.*
9 *Nummos non fieri accipientis, & mutuum non esse contractum, idem significant.*
10 *Repetenti nummos sua voluntate consumptos obstat exceptio.*
11 *Mutuum non rectè contractum consumptione conciliatur.*
12 *Voluntas dantis attenditur in dominii translatione.*
13 *Nuda traditio dominium non transfert.*
14 *Ad dominium transferendum sufficit etiam causa putativa, & explicatur exemplis.*
15 *Solvens indebitum transfert dominium, & ideò repetit condictione, non rei vindicatione.*
16 17 *Qui habet mandatum à domino, si tradat proprio nomine, dominium non transfert: & quare.*

DIximus de errore in dominio transferendo: de errore in causa transferendi dominii pauca subjiciamus, de quo non minus impedita, & magnis difficultatibus involuta disputatio est. Quando erratum est in causa dominii transferendi, duae quaestiones occurrunt: altera de obligatione: altera de dominio.

Quantum attinet ad obligationem, constat inter omnes, hunc errorem obstare obligationi, & neutrum contractum valere. Dedi tibi pecuniam, quasi donaturus, tu quasi mutuam accepisti: nec donatio, nec 1
mutuum contrahitur. *l. si ego pecuniam* 18. *ff. de reb. credit.* Non donatio, quia deficit tuus consensus, qui non ex causa donationis accepisti. Non mutuum, quia deest meus consensus, qui non habui animum mutui contrahendi. *l. in omnibus negotiis ff. de oblig. & act.* sine conventione enim non potest esse contractus. *l.* 1. §. *conventionis ff. de pact.* con- 2
ventio autem non est consensus unius tantum, sed duorum in idem placitum concurrentium. *d. l.* 1. §. *& est pactio.* Non concurrunt autem in idem placitum, cum alter donationem, alter mutuum voluerit contrahere.

Quantum autem attinet ad dominium, 3
ita distinguendum est. Si utraque causa non sit idonea ad dominium transferendum, constat inter omnes, dominium non posse transferri. Ad dominium enim transferendum 4
non sufficit voluntas unius, sed requiritur affectus ex utraque parte contrahentium. *l. in omnibus rebus ff. de oblig. & act.* Non potest autem concurrere affectus utriusque contrahentis, cum utraque causa non est idonea ad dominium transferendum. Dedi tibi pecuniam, quasi mutuam, tu quasi depositam, aut commodatam accepisti: non transfertur dominium, quia licèt ego voluerim transferre, tu tamen acquirere noluisti, cum commodatarius dominium non acquitat. *l. rei commodatae. cum seq. ff. commod.*

Si verò utraque causa sit idonea ad dominium transferendum, putat dominium transferri Julianus in *l. cum in corpus ff. de acquir. rer. dom.* nec ait se videre, cur inefficax de- 5
beat esse traditio. Et meritò: quia traditio conjuncta cum affectu utriusque, & dantis, & accipientis, omninò dominium transferr. *l. in omnibus rebus ff. de oblig. & action.* §. *per traditionem Instit. tit. de rer. div.* Qui

dedit, voluit dominium transferre: qui accepit, voluit dominium acquirere. Quid causæ est, cur ille non transferat; hic non acquirat? An non naturali æquitati consentaneum est, utriusque voluntatem servari, cum uterque de dominio transferendo consentiat? *d. §. per traditionem.* At enim dissentiunt in causa transferendi. Hoc quidem pertinet ad obligationem, quæ ex illa causa nasci debet, & hic dissensus obstat obligationi; non tamen obstat dominio, quod tra-
6 ditione transfertur: cui traditioni ideò accedere debet utriusque voluntas, ne aut invito dominium auferatur, aut invito acquiratur, quod rationi repugnat: hic autem neque invito aufertur, neque invito acquiritur; & ideò nulla causa est, cur traditione transferri non debeat. Nec obstat dissensus in causis dandi, & accipiendi: *d. l. cum in corpus. in fin. ff. de acquir. rer. dom.* quia hic potius respicit obligationem, quam dominium, quod etiam ex causa non vera transfertur, ut infrà probabimus. Non enim, ut causa producit obligationem, ita & transfert dominium. In obligatione causa requiritur, (liceat his verbi uti) tamquam productiva obligationis; in dominio desideratur, tamquam declarativa voluntatis. Quamobrem ex falsa causa dominium transfertur, licet ex ea non nascatur obligatio. Idcircò Julianus in hac sententia constituenda non hæsitavit, sed constare dixit transire proprietatem in te, si ego tibi pecuniam numeravero, quasi donaturus, tu quasi creditam acceperis.

Ulpianus tamen in nostra *l. si ego pecuniam ff. de reb. cred.* contrarium respondit: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit*
7 *donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum: & puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cùm alia opinione acceperis. Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.*

Hujusmodi responsum perculit omnes Interpretes. Mirum est, quanta commenti sint, ut Julianum cum Ulpiano componerent. Plerosque doctè refellit Melch. de Valent. *in epist. jur. exercit. exerc.* 10. quibus etsi non pauca addi possent, tamen operæ pretium non est, in re tam difficili, tamque controversa ad evertendas aliorum opiniones laborem impendere. Quamvis verò propiora à me proferre non posse confidam, liceat tamen aperire, quid sentiam.

Animadvertendum est, Ulpianum in laudata *l. si ego pecuniam*, non tractasse quæstionem dominii, de qua secundo loco diximus; sed quæstionem obligationis, quam primò loco exposuimus. Nihil enim aliud quærit, quam, an valeat donatio, an valeat mutuum, & neutrum valere respondet. Et rectè, ut initio probavimus. Contrà Julianus in *l. cum in corpus ff. de acquir. rer. domin.* tractat alteram quæstionem dominii: neque enim quærit, an valeant contractus, sed an dominium transferatur, licet erratum fuerit in causa dominii transferendi. Respondet autem dominium transferri; quod & nos probavimus in secunda quæstione.

Hactenus igitur nullum dissidium est inter 8
Julianum, & Ulpianum. Ac, si Ulpianus non adjecisset illa verba: *Magisque nummos accipientis non fieri*; nemo posset judicare, Ulpianum à Juliano dissidere. Itaque si verba illa in ea significatione accipi possint, ut conveniant quæstioni obligationis, quam tractat Ulpianus, nec referantur ad quæstionem dominii, nulla erit inter eos dissensio. Ac, si accuratè rationem loquendi à Veteribus usurpatam expendamus, non erit ab eorum mente aliena hujusmodi interpretatio. Illi enim mutui adeò proprium esse existimabant pecuniam fieri mutuatarii, ut, cum volebant significare contractum non fuisse mutuum, hac formula uterentur: pecuniam non fuisse factam accipientis; ut in *l. rogasti* 9
11. *in l. nam etsi fur.* 13. *in princ. in l. ejus qui* 41. *vers. nam etsi tibi ff. de reb. cred. l. proindè ff. eod.* vel pecuniam non fuisse alienatam. *l. ejus qui vers. quas verò pecunias ff. eod.* Itaque cum ait Ulpianus: *magisque nummos accipientis non fieri*; non recedit à quæstione obligationis, quam tractabat,

nec tractandam suscipit quæstionem dominii, quæ ad rem non pertinebat: & ideo verba illa nihil aliud significant, quam mutuum non fuisse contractum; & nummos ex causa mutui non fuisse factos accipientis, quia alia opinione acceperit: hoc est, quia causa, ex qua dati sunt, non est eadem, ac causa, ex qua accepti sunt. Quamobrem cùm non convenerit inter eos in causa dandi, & accipiendi, neutra causa potest subsistere. Et cùm neutra causa subsistat, nummi ad accipientem pervenerunt sine causa, & ideo repeti, & condici possunt. *l. ult. ff. de cond.*
10 *sine causa.* Quia tamen secundum voluntatem dantis consumpti sunt, repetenti obstabit exceptio. *d. l. si ego pecuniam.* Ex quibus constat, quod in hac lege solum tractatur quæstio obligationis, non dominii; & quod etiam verba illa: *magisque nummos accipientis non fieri*, ad eamdem quæstionem obligationis sunt referenda, & ad causam dominii, non ad ipsam dominii translationem. Uno verbo: non fiunt accipientis ex causa mutui: an fiant absolutè & simpliciter, ibi non quæritur, quia non tractatur quæstio dominii.

Atque ut hoc clarius pateat, duo consideranda sunt. Primùm quod, cum soleat mutuum, quod traditione contractum non erat, consumptione conciliari, & nasci condictio ad mutuum repetendum; *l. rogasti* 11. *§. ult.*
11 *l. nam etsi fur. in princ. & in §. 1. ff. de reb. cred. l. si quis pro eo §. si nummos ff. de fidejus.* quærit Ulpianus, an consumptis nummis condictio sit efficax ad repetendum; & respondet obstare exceptionem, quia voluntate dantis consumpti fuerunt. Unde constat, hîc agi de obligatione, & actione ad repetendum, non de dominio.

Præterea notanda est particula illa: *quare*, quæ causam notat: & contineret absurdam sententiam, si suprà egisset de dominio. Ex eo enim, quod nummi non fiant accipientis, perperam deducitur, quod consumptis nummis detur exceptio adversus repetentem; cum potius contrarium deduci possit, & debeat. Esset igitur inepta illatio illa, nisi id omne, quod præcedit, referatur ad obligationem. Optimè autem id deducitur ex eo, quod non sit mutuum; nam si mutuum esset, non obstaret exceptio repetenti: obstat autem, quia dominium translatum est non ex causa mutui, sed sola voluntate dantis, quæ attenditur in dominio transferendo. *l.* 12
qui mihi 13. *ff. de donat. §. per. traditionem Instit. tit. de rer. divis.*

Sed potest opponi, quod si neutra causa subsistit, neque donatio, neque mutuum, transferri non potest dominium, quod nudâ traditione non transfertur. *l. numquam nudâ* 13
31. *ff. de acquir. rer. dom.*

Respondetur, non esse nudam traditionem, sed traditionem factam ex causa idonea ad dominium transferendum: & utrumque, tam dantem, quam accipientem, eo animo fuisse, ut dominium transferretur, & transferretur ex causa idonea. Quo casu 14
etiam causa falsa sufficit ad dominium transferendum: quia causa idonea tantummodo requiritur ad fundandam voluntatem dantis, & accipientis. Itaque, & cum quis solvit indebitum, transfert dominium, nec repetit indebitum rei vindicatione, quæ domino 15
datur, sed condictione indebiti. *toto tit. ff. de condict. ind.* condictio autem numquam domino datur, nisi adversus furem *§. sic itaque discretus Instit. tit. de act.* Et cum quis dat aliquid sine causa, cum tamen veram, ac justam causam subesse putet, dominium transfert. *l. 1. in fin. l. ult. in princ. & in §. 1. ff. de condict. sine caus.* Et, si quis putet se libertatem accepisse sub conditione, *si decem Titio dederit*; cum verè libertatem purè acceperit; si decem Titio dederit, dominium transfert, quia, licet vera causa non subsit, tamen eam subesse putat, & ideò eo animo dat, ut dominium transferat ex eâ causa, quæ justa esset & idonea, si verè subesset, sicut ipse putat. *l. 3. §. subtilius vers. quid ergò ff. de condict. caus. dat.* hic enim error non impedit voluntatem dantis, qui omninò vult dominium transferre. Quapropter & in casu nostro dominium transferri debet, quia subest causa donationis, quæ vera est ex opinione, & voluntate tradentis, licet falsa sit propter errorem accipientis, qui

aliâ opinione accepit. *d. l. si ego pecuniam.*
16 - Nec obstat text. in *l. si tibi dederim* 25. *ff. de donat.* Nam ibi dominium non transfertur, deficiente jure, & autoritate tradentis. Nam qui rem tradidit, neque dominus erat, neque habebat mandatum à domino: non enim tradidit nomine mandantis, sicut ei mandatum fuerat, sed nomine suo, contra id, quod ipsi mandatum erat. Ac propterea, cùm neque ipse dominus esset, neque ex
17 mandato, & voluntate domini dederit, non potuit dominium transferre. *l. traditio* 20. *ff. de acquir. rer. dom.* §. *per traditionem & §. nihil autem interest. Instit. tit. de rer. divis.*

CAPUT XVIII.

Ad l. si quis vinum 9. ff. de vino trit. & oleo leg.

Summarium.

1 *Rerum vocabula sunt immutabilia; & non ex opinionibus, sed ex usu sunt exaudienda.*
2 *Non videtur dixisse, qui suo nomine usus non est.*
3 *Error in nomine non vitiat institutionem, legatum, contractus, judicia.*
4 *Nomina propria mutabilia sunt.*
5 *Error in nomine appellativo vitiat legatum.*
6 *Legato vino quid contineatur?*
7 *Legato vestis muliebris non continetur vestis muliebris, quâ testator utebatur.*
8 *Vestis muliebris solo usu differt à virili, & quædam vestes sunt utrisque communes.*
9 *Testatoribus permittitur abusivè loqui. Vide exempla.*
10 *Vini duo genera; naturale, & factitium. Factitia quæ.*
11 *Chartarum legato libri non continentur, & quando.*
An argentum legato supellectilis contineatur.
12 *Legato vino mulsum non continetur, & quid sit.*
13 *Legato vino continetur œnomeli. quid sit. an differat à mulso. Vinum Narbonense quomodo fieret. Passum quid.*
14 *Psythium, & melampsythium passi genera.*
15 *Vinum melitites quid sit, & quomodo fiat.*
16 *Acinaticum quid, & quomodo fiat?*
17 *Legato vino defrutum non continetur.*

1 Rerum vocabula sunt immutabilia, *l.* 4. *ff. de leg.* 1. nec ex opinionibus, sed ex usu communi sunt exaudienda: atque
ideò nemo videtur dixisse id, quod suo 2
nomine usus non est. *l. Labeo ait* 7. §. *Servius ff. de supellect. leg.* Quocircà, licet error in nomine proprio nec institutionem
vitiet, *l. si in nomine C. de testam.* nec lega- 3
tum, *l.* 4. *ff. de leg.* 1. §. *si quis in nomine Instit. tit. de legat.* neque contractus, *l. si in nomine ff. de V. O. l. in venditionibus* 9. §. *si in nomine ff. de contr. empt.* neque judicium; *l. idem Pomponius* 5. §. *cum in rem ff. de rei*
vindic. quia nomina propria mutabilia sunt, 4
& à nostro arbitrio pendent; *d. l.* 4. *ff. de*
leg. 1. tamen constanter veteres responde- 5
runt, inutile esse legatum, si testator erraverit in nomine appellativo. *d. l.* 4. *vers. quod si quis. l. Labeo* 7. §. *Servius. cum seq. ff. de supellect. leg. l. si alii fundum ff. de us. & usufr. leg.* Itaque si quis vestem legare volens supellectilem legaverit; vel aurum, putans eo contineri electrum, & orichalcum; neque vestis, neque electrum, neque orichalcum debebitur. Nam, ubi nulla est in verbis ambiguitas, non est admittenda voluntatis quæstio. *l. ille, aut ille.* §. 1. *ff. de leg.* 3. *l. non est ferendus ff. de transact. l. quicquid. in fin. ff. de V. O.*

Contrarium tamen responsum videtur in
nostra *l. si quis vinum ff. de vin. trit. & oleo* 6
legat. ubi ait, quod, licet vini appellatione non contineatur zythum, camum, cervisia, hydromeli, cydoneum, defrutum; tamen legato vino hæc omnia continebuntur, si ea vini numero paterfam. habuit. Sola conjectura ducta ex usu patrisfam. efficit, ut vini nomine comprehendantur ea, quæ vina non sunt.

Nec simile est, quod respondetur in *l. in-* 7
ter vestem 33. *ff. de aur. & arg. leg.* ubi, qui uti solet veste muliebri, non videtur hanc vestem comprehendisse legato vestis muliebris. Ideoque usus testatoris prævalet rei veritati.

Non est, inquam, hoc simile: nam vestis 8
virilis à muliebri solo usu differt, non substantiâ: & quædam sunt vestes utrisque communes, & communes usus facit. *l. vestis* 23. §. *vestimenta. cum seqq. ff. eod.* At verò zythum, cervisia, & aliæ hujus generis potiones sub-

ſtantiâ differunt à vino, quam mutare non poteſt uſus, ac voluntas teſtatoris.

Sed animadvertendum eſt, quod, licet
9 rerum vocabula ſint immutabilia, nec quiſquam videtur dixiſſe quod non ſuo nomine uſus eſt: tamen non adeo præfractè agendum eſt cum teſtatoribus, ut ad definitionem deſcendendum ſit, nec iis negandum ut ubuſivè loquantur interdum: *l. non aliter* 69. §. 1. *ff. de legat.* 3. *l. cogi* 16. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* maximè ſi utantur nomine generali, quod aliquo modo poſſit eam ſpeciem comprehendere, etſi minus propriè, & abuſivè. Sic permittimus teſtatori, ut abutatur nomine *uſus* ad ſignificandum uſumfructum; *l. Divus* 21. *in princ. ff. de uſu, & habit.* & abutatur nomine *tutelæ* ad ſignificandam curam; *l. Pater Severinam* 101. §. *conditionum ff. de condit. & dem.* & pubertatem vocet *minorem ætatem. l. cum filiofam.* 50. *verſic. ego quidem ff. de leg.* 3. Idque ſuadet tum rerum inter ſe ſimilitudo, tum generalis verbi ſignificatio. Nam & uſusfructus eſt quædam ſpecies uſûs: ac licet in jure differat uſus ab uſufructu, tamen negari non poteſt, quin & fructuarius verè utatur, & habeat pleniorem rei uſum. Et cura ſpecies tutelæ eſt: quia qui curat aliquid, etiam tuetur. Et minor ætas eſt pleniſſima pubertas.

Quibus probè conſtitutis facilis eſt, &
10 prompta noſtræ legis explicatio. Vini duo genera ſunt: naturale, & factitium. Factitium non eſt verè, & propriè vinum: ſed tamen & habet vini ſimilitudinem, & vinum à multis appellatur, & pro vino bibitur à multis Nationibus. Quamobrem nulla cauſa eſt, cur vini appellatione non debeat comprehendi, ſi aliquâ conjecturâ poſſimus arguere mentem teſtatoris, illud legato comprehendere volentis.

Primùm igitur habet maximam vini ſimilitudinem. Tacit. *de moribus German. Potui humor ex hordeo, aut frumento, in quamdam ſimilitudinem vini corruptus.* Virgil. 3. *Georgic.* de Populis ad Septentrionem:

—— & pocula læti.

Fermento, atque acidis imitantur vitea ſorbis.

En zythum: en cydoneum, nempe vinum ex pomis confectum. Hydromeli quoque, ſeu aqua mulſa, ſeu aqua melle condita, ejuſdem modi eſt. De hac Plin. *lib.* 22. *cap.* 24. *Longâ tamen vetuſtate tranſit in vinum, ut conſtat inter omnes.* Ariſtotel. *de mirab. auſcult.* cujus verba Græca omittam, & Latinè vertam, ne faſtidium creem illis, qui Græca neſciunt. Ait igitur. *Ferunt Illyrios, quos Taulantios vocant, ex melle vinum conficere. Nam ubi favos expreſſerint, aquâ ſuperfuſâ coquunt in lebete, donec dimidium abſumatur: deinde fictilibus infundunt, & jam tum dulciſſimum ponunt in vaſis ligneis, in quibus longum tempus conſervant, & evadit omninò vino ſimile, cætera dulce, & ſincerum. Hoc idem in Græcia aliquando eveniſſe quidam ferunt, adeo ut à vino vetere nihil differret: ſed poſtea eamdem temperationem quærentes invenire non potuiſſe.*

Præterea hujuſmodi vina factitia à veteribus Auctoribus vina appellantur. Ita zythum definit Suidas: Ζῦθος, οἶνος ἀπὸ κριθῆς γεγονώς. *Zythum, vinum ex hordeo factum.* Taeit. *de morib. German. Diem noctemque continuare potando nulli probrum: crebræ, ut inter vinolentos, rixæ:* & deinceps; *Potui humor ex hordeo, & frumento, in quamdam vini ſimilitudinem corruptus.* Athenæus. *lib.* 10. *Deipnoſophiſt. in fin.* ait, *Ægyptios, qui ob egeſtatem vino carere cogebantur, excogitaſſe inopiæ ſolatium, & bibiſſe vinum ex hordeo confectum.* Et narrat, Ariſtotelem ſcripſiſſe, eos, qui vino temulenti ſunt, pronos in faciem vergere: eos autem, qui vino hordeaceo, in caput reſupinari. Ariſtot. *de mirab. auſcult.* Ἐν Ἰλλυρίοις φασὶ, τοῖς Ταυλαντίοις καλουμένοις, ἐκ τοῦ μέλιτος ποιεῖν οἶνον. *Ferunt apud Illyrios, qui Taulantii vocantur, ex melle fieri vinum.* Plin. *lib.* 14. *cap.* 17. *Fit vinum & ex aqua, ac melle tantum &c. hoc vocatur hydromeli, & vetuſtate ſaporem vini aſſequitur.* Et infrà: *Ex unguentis vina compoſita.* Et *lib.* 22. *cap.* 24. *Longâ tamen vetuſtate tranſit in vinum, ut conſtat inter omnes.*

Denique multæ Nationes his potionibus pro vino utuntur. Dioſcorid. *lib.* 2. *cap.* 110. Καὶ τὸ καλούμενον κοῦρμι, σκευαζόμενον δὲ ἐκ τῆς κριθῆς,

κειϑῆς, ᾧ καὶ ἀντὶ οἴνου πόματι πολλάκις χρῶνται. σκευάζεται καὶ ἐκ πυρῶν τοιαῦτα πόματα. ὥσπερ πρὸς ἑσπέραν Ἰβηρία, καὶ Βρεττανία. *Et quod vocatur curmi, ex hordeo fit, quâ potione multis in locis pro vino utuntur. Fiunt & ex tritico hujus generis potiones, tum in Iberia, quæ vergit ad Occidentem, tum in Britannia.* Est autem hoc curmi id, quod in nostra *l. si quis vinum ff. de vino trit. leg.* appellatur *camum.* Utrumque enim simile cervisiæ, quæ ita vocata est à Cerere, id est fruge: est enim potio ex seminibus frumenti, vario modo confecta. Ita Isidor. *lib.* 20. *cap.* 3.

D. Hieronym. in *Esaiam cap.* 19. *Zythum genus est potionis, ex frugibus, aquâque confectum, & vulgò in Dalmatiæ Pannoniæque Provinciis gentili barbaroque sermone appellatur Sabaium: hoc maximè utuntur Ægyptii.* Utrumque verum: de nomine Ammian. Marcellin. *lib.* 26. *Est autem Sabaia ex hordeo vel frumento in liquorem conversus paupertinus in Illyrico potus.* De Ægypto testatur Athen. loco suprà laudato: & versus allatus à Columella:

Et Pelusiaci proritet pocula zythi.

Plin. *lib.* 22. *cap. ult. Ex iisdem frugibus fiunt & potus: zythum in Ægypto: celia, & ceria in Hispania: cervisia, & plura genera in Gallia, aliisque Provinciis.* Id. *lib.* 14. *cap. ult. in fin. Est & Occidentis Populis sua ebrietas fruge madidâ. Pluribus modis per Gallias, Hispaniasque nominibus aliis, sed ratione eadem. Ægyptus quoque è fruge sibi potus similes excogitavit: nullaque in parte mundi cessat ebrietas.* Viden', quot Nationes his potionibus pro vino uterentur? Ægyptus, Illyricum, Dalmatia, Pannonia, Gallia, Hispania, Britannia. De Gallia testatur etiam Diodor. *lib.* 5. ubi ait, quod, cùm ea regio propter aëris frigiditatem neque vinum, neque oleum producat, coacti fuerunt homines potum sibi ex hordeo comparare, quem zythum appellant. Vix totidem Nationes repereris, quæ vino uterentur.

His potionibus pro vino utuntur etiam hodie multæ Nationes: sed hæc scripsimus, ut ostenderemus, non aliam fuisse eorum temporum consuetudinem. Atque omninò mirandum est, quàm in bibendo ingeniosa esset illa ætas. Plin. *lib.* 14. *cap. ult. Quanto tamen in potu ingeniosior apparebit, ad bibendum generibus centum nonaginta quinque, si species verò æstimentur, penè duplici numero excogitatis.* Nos etsi Indicas potiones accenseamus, tamen ad hunc numerum non poterimus pervenire. Concludam adjecto lepidissimo epigrammate Juliani Imperatoris, quod est in libro primo *Anthologiæ*, & inscribitur: *In vinum ex hordeo.* In eo Bacchum alloquitur Poëta, & ait, se quidem agnoscere verum Bacchum Jovis filium; non autem hunc. Ille enim nectar olet: hic autem hircum. Hunc racemorum inopiâ confecerunt ex spicis Celtæ: quare potius *Demetrium* (hoc est à Cerere) appellandum esse ait, quàm *Dionysum*: & ex frumento genitum, & *Bromum* potius, quam *Bromium.* Est autem bromus, avena.

Τίς; πόϑεν εἶς Διόνυσε; μὰ γὰρ τὸν ἀληϑέα Βάκχον
Οὔ σ' ἐπιγιγνώσκω· τὸν Διὸς οἶδα μόνον.
Κεῖνος νέκταρ ὄδωδε, σὺ δὲ τράγον. ἦ ῥά σε Κελτοὶ
Τῇ πενίῃ βοτρύων τεῦξαν ἀπ' ἀσταχύων.
Τῷ σε χρὴ καλέειν Δημήτριον, οὐ Διόνυσον.
Πυρογενῆ μᾶλλον, καὶ Βρόμον, οὐ Βρόμιον.

Unde? quis es Dionyse? satum Jove dicere Bacchum,
Par est: Tu Bacchi nomen inane geris.
Hircum tu redoles, hic nectar: spicea Celtæ,
Vitea cum nequeant, pocula, Teque bibunt.
Non Jovis, at Cereris sobolem voco: Frugigenamque.
Te decet, atque Bromum dicere, non Bromium.

Ad legem nostram revertamur. Rectè in ea notat Ulpianus, ea omnia ex mente testatoris vini legato contineri, quæ pro hominum affectione, atque usu, vini numero habentur. Convenit his illud Plinii *lib.* 14. *cap.* 10. *Non possunt jure dici vina, quæ Græci deuteria appellant. Cato: & nos loram maceratis aqua vinaceis; sed tamen inter vina operaria numerantur.* Concurrit hic usus, & affectio testatoris cum usu, & affectione multarum Nationum: nec repugnat verbi significatio, cùm plerique Auctores vini no-

O

men his potionibus accommodarint, ut demonſtravimus: & ideò ſecundum uſum teſtatoris vini nomen interpretari debemus. Plurimum enim in verbis interpretandis deferendum eſt uſui hominum, & conſuetudini quotidianæ. *l. ut Alphenus* 87. *ff. de V. S.* Eleganter juxta ac verè Hotatius in *Art. poetic.*

> *Multa renaſcentur, quæ jam cecidère, cadentque,*
> *Quæ nunc ſunt in honore vocabula, ſi volet uſus,*
> *Quem penes arbitrium eſt, & jus, & norma loquendi.*

11 Itaque, licet chartis legatis libri non contineantur, tamen ſi aliquâ ratione argui poſſit, teſtatorem libros etiam voluiſſe legare, continebuntur legato, quia in uſu plerique libros chartas appellant. *l. librorum* 52. §. *quod tamen ff. eod.* Supellectilis quoque appellatione non continetur argentum: ſed quia luxus poſterioris ætatis, poſthabitâ priſcâ ſeveritate, argentum in ſupellectilem invexit; hic uſus, atque hic error jus facit, ut ait *JC. in l.* 3. §. *ult. in l. legata* §. 1. *ff. de ſupellect. leg.*

12 Antequam eam legem dimittamus, reliqua explicemus, quæ in ea occurrunt. Mulſum vino non continetur. Mulſum ex vino, & melle fit. *l. adeo* §. *cùm quis ex aliena ff. de acquir. rer. dom.* §. *cùm ex aliena Inſtit. tit. de rer. diviſ.* Plin. *lib.* 22. *cap. ult.* Dioſcor. *lib.* 5. *cap.* 16. & alii. Itaque inter dulcia potius, quam inter vina numeratur. *l. ult. ff. de trit. vin. & ol. leg.* Fit enim mulſum duabus vini metretis, admixtâ unâ mellis. Dioſcor. *ibid.* Itaque ex parte tertia eſt mel.

13 Œnomeli autem vino continetur. Videntur hæc duo contraria. Nam mulſum, & œnomeli idem eſſe, norunt omnes. Mulſum Latinè, œnomeli Græcè dicitur: ſignificat enim vinum, melle mixtum. Sed non temerè Ulpianus addidit illa verba: *œnomeli, id eſt, dulciſſimum vinum*: ſcil. ut intelligeremus, eum non loqui de mulſo, ſed de vino dulciſſimo. Mulſum vini appellatione non continetur, quia tertiam partem mellis admiſcendo fit nova ſpecies; *l. adeò* 7. §. *cùm quis ex aliena ff. de acquir. rer. domin.* §. *cùm ex aliena Inſtit. tit. de rer. diviſ.* œnomeli continetur, quia vinum eſt, licet dulciſſimum. Atque ita appellatur non à mellis mixtione, ſed à mellis dulcedine, ac ſimilitudine. Hujuſmodi erat vinum Narbonenſe dulciſſimum, quod fiebat ex uva pediculo in vite intorto. Plin. *lib.* 14. *cap.* 9. Quod autem hoc genus vini ſignificare voluerit Ulpianus, veroſimile eſt, quia illud conjunxit cum paſſo. Eſt autem paſſum, ut ait Nonius, *Vinum, quod ex uva paſſa cogitur.* Fiebat autem ex uva apiana, ſole aduſtâ, & leniter tuſa, ut ait Plin. *ibid.* Vide & Columell. *lib.* 12. *cap.* 39. ubi latè & explicatè docet, quomodo paſſum fiat. Virgil. *lib.* 2. *Georg.* Pſythiam vitem paſſo conficiendo utilem eſſe ait.

> *Et paſſo Pſythia utilior.* — —

Et Plin. ibid. *Pſythium, & melampſytium paſſi genera ſunt.* Rectè igitur hujuſmodi vinum comparatur ab Ulpiano cum œnomelite. 14

Poſſemus id etiam interpretari de vino, cui admixtum eſt modicum mel, quod retinet naturam, & appellationem vini, & à Dioſcoride *lib.* 5. *cap.* 15. appellatur vinum melitites: hoc eſt, vinum mellitum; & fit addito mellis congio ad quinque congios auſteri muſti, & ſalis cyatho. Sanè Martialis mulſo paſſum comparat in lemmate *Paſſum*: 15

> *Gnoſſia Minoe genuit vindemia Cretæ.*
> *Hoc tibi, quod mulſum pauperis eſſe ſolet.*

Sicut ab Ulpiano œnomeli, & paſſum.

Acinaticum quoque ejuſdem generis eſt. Deſcribitur à Caſſiodoro *variar. lib.* 12. *ep.* 4. *Autumno lecta de vineis in pergulis domeſticis uva, reſupina ſuſpenditur. Servatur in vaſis ſuis, thecis naturalibus cuſtoditur, rigeſcit, non liqueſcit ex ſenio: tunc fatuos humores exſudans magnâ ſuavitate dulceſcit. Trahitur ad menſem Decembrem, donec fluxum ejus Hyemis tempus aperiat: miroque modo incipit eſſe novum, quando cellis omnibus reperitur antiquum. Hyemale muſtum uvarum frigidus ſanguis, in rigore vindemia,* 16

cruentus liquor, purpura potabilis, violeum nectar. &c.

Igitur hæc tria genera similia sunt, œnomeli, passum, acinaticum: fiunt enim ex uva, vel in ipsa vite, vel ad solem, vel frigore adustâ.

17 Defrutum autem non continetur, quia, ut ait Plin. *lib. 14. cap. 9. ingenii non natura opus est. Musto ad tertiam partem mensura decocto, sapa ad dimidiam, defrutum vocatur: omnia in adulterium mellis excogitata.*

CAPUT XIX.

Ad l. Labeo libro 45. ff. de contr. empt.

SUMMARIUM.

1 *Error in corpore vitiat obligationem. Secus tamen est, si error sit in pecunia numerata, aut in accessorio.*

2 *Hunnii interpretatio ad* l. Labeo 45. ff. de contr. empt. *rejicitur. Aurichalcum non differt ab orichalco. Scribendum sit,* aurichalcum, *an* orichalcum. *Unde ita dictum sit. Duæ species illius. Factitium quomodo fiat. Fossile ubi reperiatur. Qua de causa accipiatur facilè pro auro n. 4.*

3 *Error in qualitate non vitiat venditionem.*

4 *Qualitatis nomine sæpè materiam significant veteres Jurisconsulti.*

5 *Error in materia vitiat venditionem; & ideò, si quis emat virginem pro puero, emptio non valet: secus est si emat mulierem pro virgine, n. 6.*

6 *Error in materia non vitiat contractus; ut pignus, & stipulationem.*

7 *Error in materia non vitiat emptionem, si non omninò sit in materia erratum; ut si putetur aureum id, quod est inauratum.*

8 *Si altera alteri materia non sit admixta, sed eam cooperiat, error vitiat venditionem.*

9 *Cujacius in* l. Labeo 45. ff. de contr. empt. *rejicitur. Actio ex empto nascitur emptione invalidâ existente, ut consequamur id, quod nostra interest. Emptio invalida dici non potest, quando venditor tenetur ad præstandam rem venditam, & emptor ad pretium.*

10 *Facti species de orichalco pro auro vendito in* l. Labeo 45. ff de contr. empt. *proponitur, & explicatur textus.*

11 *Aurichalcum ponitur adjectivè.*

1 ERror in corpore rei vitiat obligationem, cum consensum impediat, sine quo contrahi non potest obligatio. *l. inter stipulantem 83. §. 1. & l. continuus 137. §. 1. ff. de V. O. l. 9. ff. de contr. empt.* Error tamen in pecunia numerata non nocet: *l. quæ extrinsecus §. 1. ff. de V. O.* quia in ea non tam corpus ipsum monetæ consideratur, quam valor, & æstimatio. *l. 1. in fin. principii ff. de contr. empt.* Error quoque in re, quæ accessionis loco venditur, non vitiat venditionem: *l. si in emptione 34. ff. de contr. empt.* quia accessorium sequitur naturam principalis. *c. Accessorium de reg. jur. in 6.* solus igitur error in corpore rei principalis, quæ non sit pecunia numerata, vitiat contractum.

Contrarium suadere videtur Marcianus in *l. Labeo 45. ff. de contr. empt.* ibi: *Si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, præstet.* Multis difficilis videtur hæc lex: sed est etiam multò difficilior, quam ipsis videatur.

Respondit Hunnius, in hac lege errasse contrahentes non in corpore & substantia rei, sed in qualitate materiæ: aurichalcum enim nihil aliud est, quam aurum chalco mixtum: ac proindè est aurum vilius, sive impurum, & ære contaminatum: neque enim idem est autore Festo aurichalcum, & orichalcum. 2

Falsa omnia. Falsum, quod differat aurichalcum ab orichalco. Falsum, quod aurichalcum sit aurum vilius, & impurum, & ære mixtum. Falsum proindè, quod ibi erratum sit in qualitate, non in materia, & substantia.

Aurichalcum non differt ab orichalco: & scribendum esse, *orichalcum*, Viri docti autumant. Certè Poëtæ non aliter scribunt. Horat. in *arte Poët.*

Tibia non, ut nunc, orichalco vincta. —

Virgil. *lib. 12. Æneid.*

Ipse dehinc auro squalentem, alboque orichalco

Circumdat loricam humeris. —

Plaut. in *Pseud.*

Dii Immortales! orichalco contra non carum fuit

Meum mendacium, hic modo quod subitò commentus fui.

Idem in *Curcul. scen.* Placidè:

Auro contra cedo modestum amatorem, à me aurum accipe,

Cedo mihi contra orichalco, cui ego sano serviam.

Idem in *Milite gloriosi.*

Ego istos mores orichalco contra comparem. Cicero etiam *lib. 3. de offic. Si quis aurum vendens, orichalcum se putet vendere, indicetne ei vir bonus, aurum illud esse?*

Non tamen is ego sum, qui, licèt putem scribendum esse *orichalcum*, negem nusquam reperiri scriptum *aurichalcum*. Quamvis enim vox hæc non sit composita ex voce *aurum* & χαλκὸς (cùm ferè sit inauditum teste Quintiliano *lib. 1. c. 9.* vocem componi ex duabus vocibus, quarum una Latina sit, altera Græca) tamen mirandum non esset, si Plautus, aut aliquis eo antiquior, scripsisset *aurichalcum*, cùm apud Veteres facile *au* in *o*, & *o* in *au* converteretur: & *orum* diceretur pro *aurum*, *orata* pro *aurata*, *aula* pro *olla*, *ausculor* pro *osculor*. Sic ab iis dictum *caudex* & *codex*, *Claudius* & *Clodius*, *Caurus* & *Corus*, *plaustrum* & *plostrum*, *auricilla* & *oricilla*, & hujus generis non pauca. Hujus vocis similitudine decepti quidam putaverunt, ita nominatum fuisse ab auro, & ære; vel quod sit aurum ære mixtum; vel quod auri colorem præ se ferat, & æris duritiem. Cæterùm vox hæc Græca est, ὀρείχαλκος, quæ significat *æs montanum*. Hesiodi Interpres: Ὀρείχαλκος τὸ λευκὸν χάλκωμα, ἐν ὄρεσι γὰρ εὑρίσκεται. ἄλλοι δὲ φασὶν, ὀρείχαλκον εἶναι ὕλην τινὰ μεταλλικὴν, χαλκοῦ τιμιωτέραν. *Orichalcum species æris alba, in montibus enim invenitur. Alii vero aiunt, esse quamdam materiam metallicam, ære pretiosiorem.* Auctor *Etymolog. magn.* Ὀρείχαλκος εἶδος ὕλης. οὕτω καλουμένης, ἥτις νῦν οὐχ εὑρίσκεται. Ἄλλοι δὲ λέγουσιν, ὅτι χύμευσίς ἐστι χαλκοῦ τῷ νῦν διειρημένου λευκοῦ χαλκοῦ, οὕτως γὰρ ἐκβαφία γίνεται, λευκὸς εἶναι, Hesychius definit ipsum materiam æri similem: & Philoxenus, materiam metallicam, ære pretiosiorem. Apollonii Interpretes ita dictum putant ab Orco inventore. Suid. *æs splendidum: æs probatum.*

Constat igitur, quàm falsa sit opinio illa, quæ ex corrupti nominis errore fluxit in vulgus, orichalcum esse aurum ære mixtum, esse aurum vilius, ut ait Hunnius. Idque præterea facilè potest hoc modo demonstrari. Orichalci duæ recensentur species, factitium, & fossile. In orichalco factitio nusquam aurum. Fit enim ex ære, cum quo Cadmea terra miscetur. Ipse Festus in voce *Cadmea. Cadmea terra*, inquit, *quæ in æs conjicitur, ut fiat orichalcum.* Strabo: *Apud Andeira lapis reperitur, qui exustus transit in ferri vim. Mox cum terra quadam in fornace concoctum pseudargyrum exsudat. Dein si æri promisceatur, fit orichalcum.* & idem *lib. 13. Geograph.* Hanc compositionem agnoscit etiam Auctor *Etymol. loco suprà allato.*

Orichalcum verò fossile in India reperiri scribit Diodor. *l. 3. Biblioth.* & Plin. *lib. 34. c. 2. Fit & ex alio lapide, quem chalciten vocant in Cypro, ubi prima fuit æris inventio: mox vilitas præcipua reperto in aliis terris præstantiore; maximè orichalco, quod præcipuam bonitatem, admirationemque diu obtinuit, nec reperitur longo jam tempore effectà tellure.* Idem videtur confirmare Auctor *Etymol.* ut suprà; & Hesychius in voce ὀρείχαλκος. Servius ad versum Virgilii suprà allatum: *Apud majores orichalcum pretiosius omnibus metallis fuit: namque, sicut Lucretius dicit, cùm primùm homines sylvas incendissent, nullarum adhuc rerum periti, terra casu fertilis omnium desudavit metalla, inter quæ orichalcum pretiosius visum est, quod & auri splendorem, & æris duritiem possideret. Nam primùm ex auro securis facta displicuit causâ mollitiei. Simili ratione & argenti contemptus est usus: mox aurichalcum placuit, donec veniretur ad ferrum. Unde dicuntur sæcula ita fuisse divisa.* De orichalco Servii commentum est: aut hoc nomine significare voluit ipsum æs, quod non credo. Certè Lucretius, quem laudat, hæc refert de ære, non de orichalco. Ejus carmina sunt in *lib. 5. vers. 1242.*

Quod superest æs, atque aurum, ferrumque, repertum est,

Et simul argenti pondus, plumbique potestas,

Ignis ubi ingentes sylvas ardore cremarat.

Huic fabulæ fidem non videtur abnegare Posidonius apud *Strabonem lib.* 3.

Et deinceps :

Nam fuit in pretio magis æs, aurumque jacebat
Propter inutilitatem hebeti mucrone retusum.

Nusquam orichalci mentio. Reperiri tamen orichalcum fossile negat Aristoteles apud Apollonii Scholiasten : & incerta Plinii fides, cum longo jam tempore neget reperiri, ut etiam confirmat Auctor *Etymol.*

Sed hoc non facit ad rem nostram. Do enim reperiri orichalcum fossile. Certè id erit quædam species metalli, aut quædam species æris colore aureo, aut species æris albi, ut arbitrantur Autores suprà laudati : non verò aurum ære mixtum, aurum vilius.

Falsum est igitur, errari in qualitate, quoties venditur orichalcum pro auro, ut in nostra *l. Labeo.* Utique constat, errorem esse in materia, cum differat orichalci materia à materia auri. Poterat id Hunnius, si non ex peritia antiquitatis, saltem ex ipsa lege assequi. Si enim in ea lege fuisset erratum in qualitate, venditor non teneretur præstare aurum, sed aurichalcum ipsum, quod vendidit ; ac præterea, quanto minoris venire solet orichalcum, quam aurum. *l. Julianus. in princ. ff. de act. empt. l. si sterilis* 21. *§. quamvis ff. eod.* Valet enim venditio, cum in qualitate erratur, & venditor tenetur ad præstandam rem venditam. *l. aliter. & l.*
4 *quid tamen* 14. *ff. de contr. empt.* Illud tamen est animadversione dignum, quod nomine qualitatis materiam sæpè significant Veteres Jurisconsulti, ut in *d. l. sterilis* 21. *§. quamvis ff. de act. empt.* & probari potest conferendo textum in *l.* 198. *ff. de V. S.* cum *l. si prædium C. de præd. minor.*

Sed quî fit, inquiet aliquis, ut tam facilè erretur inter orichalcum, & aurum, si non in sola qualitate, sed in materia differunt ? Certè Cicero, ut proponat exemplum probabilis erroris, supponit vendi aurum pro orichalco : & Labeo hîc vendi orichalcum pro auro. Dicam, ut res est. Facilè obrepit hic error aurei coloris caussâ, quem præ se fert orichalcum teste Servio, Festo, Isidoro, & aliis. Nec solum aureum colorem habet, sed & splendidum, qualis auri esse solet. Quare Græci Poëtæ orichalcum semper appellant splendidum. Hesiod.

—— κνημῖδας ὀρειχάλκοιο φαεινοῦ.

& Apollonius :

Λαμπτῖν δ' ἐπὶ βωτὸν ὀρειχάλκοιο φαεινου
Πάλλεν ὀπιδδίνουσα καλαῦροπα. ——

Hinc fortassè Virgilius orichalcum dixit *album*, quasi splendidum : vel potius, quia color ejus albicat aliquantum, & ab Hesiodi Scholiaste, & Auctore *Etymolog. magni* vocatur *album æs* : & harum rerum periti aïunt, pretiosius esse orichalcum album. Est igitur simile auro orichalcum, ut in voce ὀρείχαλκος ait Hesychius, atque inde ejus valor immodicus, ut constat ex Plauti versibus suprà allatis, hinc etiam facilis error.

His præmissis facilis est responsio. Ea lex 5
non pertinet ad quæstionem nostram : neque enim ibi agitur de errore in corpore rei, sed de errore in materia, qui longè differt.

Sed Charybdin declinantes incidimus in Scillam incauti. Pone erratum fuisse in materia : certè nihilominus emptio erit irrita. Error enim in materia vitiat emptionem. *l. in venditionibus. §. ult. l. quid tamen ff. de contr. empt. l. si sterilis. §. quamvis ff. de act. empt.* ubi legendum est, *emptionem non esse*, ne sit contraria *l. in venditionibus ff. de contr. empt.* licet in *Pandectis Florentinis* negatio desit.

Quoniam verò hoc argumento conjicimur 6
in aliam quæstionem, de hac quoque pauca delibemus. Error in materia non vitiat contractus. *l. si id quod aurum* 22. *ff. de V. O. l.* 1. *ff. de pign. act. l. cum æs ff. de furt.* Vitiat tamen emptionem, & venditionem. *d. l. si in venditionibus*, cum aliis similibus. Ratio hæc afferri solet, quod in aliis contractibus, ut in stipulatione, in pignore, interest creditoris valere contractum, & non esse irritum. Si enim fuerit irrita stipulatio, vel pignus, nec aurum habebit creditor, cujusmodi putabat esse illud corpus ; nec æs, quod re verâ est. Interest igitur ejus, potius

æs habere, quam neutrum. In emptione longè aliter se res habet. In hac solvendum est à venditore pretium: propterea ejus interest emptionem non valere, ne pretio auri emat æs: quo fit, ut nullum in corpore æris consensum præstitisse conjecturâ assequamur, quia aliud pretium in ære constituisset. Adeo autem hic error vitiat, ut, si quis virginem pro puero emerit, emptio non valeat: licet valeat, si quis mulierem pro virgine emat: *l. alioquin* §. 1. *ff. de contr. empt.* quia ille errori materiæ comparatur, cùm sit error in sexu; hic verò comparatur errori qualitatis. Mulier enim à virgine solum qualitate differt, & est paulò vilior. Imò cùm virgo à vigore, vel viridiore ætate dicta sit, ut putat Isidorus, ac Festus; & quædam nuptæ eamdem ætatis viriditatem, floremque, & vigorem præ se ferant; sæpè etiam mulieres appellantur virgines. In jure nostro Ulpianus nos docet, mulieres appellari etiam virgines. *l. argumento.* §. *muliebri ff. de auro, arg.* Virgilius Pasiphaën virginem appellat, cum jam peperisset tres filios, Phædram, Ariadnam, & Androgeum:

Ah virgo infelix! quæ te dementia cepit!

& rursus:

Ah virgo infelix! tu nunc in montibus erras.

Horatius de Clytemnestra:

—— —— *Et in omne virgo*
Nobilis ævum.

Euripides in *Ione*: παρθένος τεκοῦσα *Virgo parturiens*, & Terentius in *Hecyra* Philumenam post partum virginem appellat. Philo περὶ ὀνείρων. Εὔγονον παρθένον. *Fæcundam virginem.* & Hesychius Evam appellat primam virginem.

7 Animadvertendum tamen est, quod, etsi error in materia vitiet emptionem, valet tamen emptio, si non omninò in materia sit erratum; ut si putetur aureum id, quod est inauratum; argenteum id, quod est inargentatum: *l. quid tamen ff. de contr. empt.* cùm materies illa, in qua convenitur, sit admixta atque infusa illi, in qua erratur. Illa enim quodammodo hanc ad se trahit, & hæc ejus naturam induit ac sequitur, quod potest rectè explicari exemplo confusionis, tradito *in* §. *si duorum Inst. tit. de rer. div.* Ex *d. l. quid tamen ff. de contr. empt.* observandum est, quod, si orichalcum esset aurum ære mixtum, valeret emptio.

8 Quod si altera alteri materiæ non sit admixta, atque infusa, sed alia ab alia cooperiatur; ut, si mensa lignea cooperta sit laminâ argenteâ, & putetur ex solido argento confecta; emptio nulla erit. *l. cum ab eo* §. *ult. ff. de contr. empt.* Operimentum enim non est mensæ pars, sed ejus accessorium: quamobrem non potest mensam in suam naturam convertere, sed potius ipsum sequitur naturam mensæ.

9 His delibatis, redeamus ad nostrum argumentum, à quo fortasè paulò longius digressi sumus. Si in *d. l. Labeo* erratum esset in materia, non valeret emptio, & tamen ibi emptio valet. Negat hoc doctissimus Cujacius: putat enim, ibi nullam esse emptionem, monetque, nos moveri non debere, quod ex ea emptione nascatur actio ex empto, etiamsi emptio nulla sit. ad *text. in l. qui officii* 62. §. 1. *ff. de contr. empt. in l. si sterilis* §. *quamvis ff. de act. empt.*

Ego tamen doctissimo Viro assentiri non possum. Duo sunt, quæ animum meum à sententia ejus abducunt. Primùm, emptio illa comparatur cum emptione, in qua vendita erant vestimenta interpola pro novis, quam valere nemo dubitat. Præterea quoties venditor tenetur præstare id, quod vendidit, non potest esse irrita emptio: si enim dicamus non valere emptionem, in qua venditor tenetur ad præstandam rem venditam, & emptor ad præstandum pretium, nulla emptio valebit: cùm in omni emptione nullo alio modo emptor, & venditor obligentur. Planè aliquando nascitur actio ex empto, etiamsi emptio non valeat; sed ideò, ut eâ actione consequi possimus id, quod nostrâ interest deceptos non fuisse; non ut consequamur rem venditam, ex adductis legibus, & ex §. *ult. Inst. tit. de empt. & vendit.* At verò in *d. l. Labeo*, tenetur, & conveniri potest venditor ad præstandam rem venditam, non ad id, quod interest.

Quò accuratius eam legem perpendo, eò

magis mihi monstri instar esse videtur, quod in ea continetur. Si valet emptio, præstandum est orichalcum, non aurum; vendidit enim orichalcum pro auro; si emptio non valet, præstandum est pretium, aut quanti interest; non aurum, aut orichalcum. In ea autem lege nec orichalcum præstandum est, nec quanti interest; igitur nec valet, nec non valet emptio; quod fieri non potest. Rursus, si ibi proponitur venditum orichalcum, quomodo potest teneri venditor, ut præstet aurum, quod vendidit? Si vendidit orichalcum, non vendidit aurum; si aurum vendidit, non vendidit orichalcum pro auro. Negari non potest, pugnare inter se verba Jurisconsulti.

Dum videor huic legi inextricabilem errorem affingere, eò magis rem expedio. Fingendus est enim casus, cui conveniant hæc omnia: videlicet in quo valeat emptio, & tamen venditor non teneatur præstare orichalcum, quod vendidit; ac rursus in quo vendiderit orichalcum pro auro, sed tamen vendiderit etiam aurum: atque ita, ut non teneatur præstare orichalcum, sed aurum.

10 Species, quam quærimus, hæc est. Quidam habebat duo vasa ejusdem magnitudinis, figuræ, eodem artificio elaborata, alterum ex orichalco, alterum ex auro. Putabat utrumque aureum esse. Quidam cùm ea videret, & aurea judicaret, emit unum ex his, &, ut plerumque fit, non demonstravit, ac designavit, quodnam emeret, cùm similia essent. Sed ita emit: *Unum ex his vasis aureis mihi emptum est aureis tot.* Ubi de pretio convenerunt, venditor ei tradidit vas illud, quod factum erat ex orichalco, vel emptor ipse ultrò accepit. De hac specie quæritur in *d. lege*: huic enim conveniunt ea omnia, quæ in *d. lege* supponuntur. Valet enim emptio: cùm enim emptum sit vas in genere, nullus error in contrahenda emptione intervenit, qui eam vitiare possit. Si enim omnia vasa essent ex orichalco, utique non valeret emptio propter errorem in materia: sed cùm inter ea vasa sit aliquod vas aureum juxta mentem contrahentium, utique emptio valet. Rursus ita valet emptio, ut venditor teneatur præstare vas aureum, licet vendiderit orichalcum pro auro. Utrumque enim vas fuit in venditione, & obligatione, ut usu venire solet in omni obligatione generis: *l. Mævius. §. non idem ff. de leg. 2. l. si duo. l. 28. ff. de V. O. l. ait Prætor. §. etsi sine ff. de minor. l. 3. qui & à quibus*: seu potius incertum vas erat in obligatione. *l. ubi autem. in princ. ff. de verb. oblig.* Ex solutione autem apparere deberet, quodnam ex illis vasis venditum sit: ita ut, si utrumque vas esset aureum, illud venditum intelligeretur, quod traditum est. Verumtamen in nostra specie, cùm mens contrahentium sit, ut vendatur vas aureum, licet aliud traditum sit, tamen re verâ venditum intelligitur vas aureum, idque à venditore præstandum est. Rectè igitur ait Jurisconsultus: *Si quis vas aurichalcum pro auro vendidit.* Utique enim vendidit vas aurichalcum: qui enim vendit unum ex pluribus vasis, illud censetur vendidisse, quod solvit. Postea subjicit: *tenetur, ut aurum, quod vendidit, præstet.* Et hoc etiam rectè. Nam cùm in vase soluto erratum sit, & constet vas solutum non esse aureum, ut putabatur; jam constat in eo emptionem consistere non posse: ac propterea re verâ propter errorem, non vas, quod solutum est, sed alterum vas aureum venditum est, & ad illud præstandum tenetur venditor. Vas aurichalcum est in venditione, tum quia continetur in genere vendito, tum quia fuit solutum ex causa venditionis. Vas aureum est in venditione, tum quia etiam ipsum est in genere vendito, tum quia tale est, quale volebant esse contrahentes. Illud non rectè præstatur, quia quoad ipsum, erratum est in materia, cùm sit ex aurichalco. Hoc præstandum est, quia eventus declaravit, in hoc erratum non fuisse, cum sit aureum, cujusmodi esse debebat ex mente contrahentium.

Pro coronide notanda sunt verba Jurisconsulti: *Vas aurichalcum.* Ponitur hîc adjectivè, ut sæpè à Græcis. Observare id potes apud Suid. κώδωνας ὀρειχάλκινς. & ὀρείχαλκος στήλη. 11

CAPUT XX.

Ad §. est autem litus Inst. tit. de rer. divis.

SUMMARIUM.

1 *Litoris definitio.*
2 *Æstus Maris quando existat maximus.*
3 *Hiems non solum significat anni tempus, sed etiam tempestatem Ventorum, & Maris.*
4 *Hibernus fluctus accipitur à Justiniano pro fluctu, qui in tempestate excitatur.*
Arcturus maximas excitat tempestates, & quando oriatur.
5 *Explicatur* L. Litus 112. ff. de Verb. Sign. & *quid significet vox æstus & exæstuo.*

1 MEmoriæ proditum est, Scipionem Africanum ac Lælium in litore Maris conchas, & umbilicos legentes honesto otio fuisse delectatos. Nos quoque deambulantes in litore Maris, ex amœnioribus litteris aliquid decerpamus, quod nobis facem præferat ad leges nostras explicandas, & litoris fines constituendos. Admonemur enim à Quintiliano, ut verborum proprietatem accuratè inquiramus, cùm hoc à veteribus Jurisconsultis factum sit, licet in litore definiendo translatione fuerint usi. Is *lib. 5. cap. ult.* ait: *Etiam ipsi Jurisconsulti, quorum summus circa proprietatem verborum labor, litus esse audent dicere, quà fluctus alludit.* Galli Aquilii est hæc definitio. Cicer. in *Topic. Litus solebat Gallus Aquilius per translationem definire, quà fluctus eluderet.* Nostri autem Jurisconsulti hanc translationem rejecerunt, & noluerunt recedere à proprietate verborum. Celsus *l. Litus 96. ff. de V. S. Litus est, quousque maximus fluctus à Mari pervenit: idque M. Tullium aiunt, cùm Arbiter esset, primùm constituisse.* Legislator noster Justinianus paulum mutavit hanc definitionem in *§. est autem litus Inst. tit. de rer. divis. Est autem litus Maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.* In hac definitione explicanda mihi non satisfaciunt Viri doctissimi, qui hibernum fluctum eum esse tradunt, qui æstu reciprocante accedit, ac recedit; eundemque esse maximum, quia Hieme maximi fiant æstus.

Numquam huic explicationi acquiescere 2 potui, ne quidem tum, cùm in scholis agebam, & elementa Juris accipiebam. Neque enim ignorabam, falsissimum esse, maximos æstus hiberno tempore contingere, nisi cum Posidonio errare velimus potius, quam cum omnibus aliis, & cum ipsa rerum natura benè sentire. Strabo *lib. 3. circa fin. Gaditani Posidonium in errorem adduxerunt, qui ei renunciarunt circa Brumam, & Solstitium maximos æstus fieri, minimos in duobus Æquinoctiis. Itaque maximi æstus sunt in duobus Æquinoctiis, minimi Brumâ atque Solstitio.* Plin. *lib. 2. cap. 97. Augentibus ea cuncta solis annuis causis, duobus Æquinoctiis maximè tumentes, & autumnali amplius, quam verno; inanes verò Brumâ, & magis Solstitio.* Senec. *Nat. Quæst. lib. 3. cap. 27. Ergò ut solet æstus æquinoctialis sub ipsum Lunæ, Solisque coitum omnibus aliis major undare.* Tacit. *lib. 1. Annal. Vitellius primum iter siccâ humo, aut modicè adlabente æstu, quietum habuit. Mox impulsu Aquilonis, simul Sidere Æquinoctii, quo maximè tumescit Oceanus, rapi, agique agmen: & opplebantur terræ. Eadem freto, litori, campis facies.* Igitur verba illa definitionis ad æstum marinum referre non possumus, qui minimus est Hieme: præsertim quia in Mediterraneo maxima pars litoris æstu caret, qui sensu percipiatur, ut testatur Ricciol. *Al. mag. nov. part. poster. lib. 9. section. 4. cap. 16.* & doctissimus Galilæus noster *in dialog. 4. de system. mund.* & probabile est suam definitionem nostro Mari accommodasse Legislatorem, non Oceano.

Existimo ego, fluctum hibernum significa- 3 re fluctum tempestate agitatum, nec ad Anni tempus, sed ad tempestatem Maris id esse referendum. *Hiems* non solum dicitur Anni tempestas, sed etiam tempestas imbrium, Ventorumque, & tempestas Maris irati. Plinius: *Hac cùm sereno Cœlo apparere desierit, atrox hiems sequitur.* Virgil. *lib. 1. Georgic.*

Nec nocturna quidem carpentes pensa puellæ.
Nescivere hiemem. — —

Et

Et ibid.

—— ita turbine nigro
Ferret hiems culmumque levem, stipulasque volantes.

Sic & apud Græcos vox χειμὼν non solum Anni tempus, sed & vim Ventorum, & imbrium significat. Itaque quod de apibus tradidit Aristoteles: Προσημαίνουσι δὲ καὶ χειμῶνα, καὶ ὕδωρ, Plinius Latinè reddidit: *prædivinant Ventos imbresque.* Et quod in Geopon. est χειμῶνα σημαίνει, apud Plinium est: *Ventos, & imbres præmonet.* Et Aratus sæpè utitur hac voce ad significandam vim Ventorum; & imbrium.

Præterea *hiems* dicitur tempestas procellosi Maris. Virgil. *lib.* 3. *Æneid.*

Tum mihi cæruleus suprà caput adstitit imber,
Noctem, hiememque ferens; & inhorruit unda tenebris.

Idem *lib.* 1. *Æneid.*

Jam validam Ilionei navem, jam fortis Achatæ,
Et quà vectus Abas, & quâ grandævus Aletes,
Vicit hiems. —— ——

Et *in* 2. *Æneid.*

—— —— sæpè illos aspera Ponti
Interclusit hiems, & terruit Auster euntes.

Statius *lib.* 3. *Sylv.* 2.

—— —— Visis tumuerunt puppibus undæ,
Inque hominem surrexit hiems. ——

Et *lib.* 3. *Sylv.* 5. etiam incendium erumpens ex Vesuvino vertice *hiemem* audet appellare:

Non adeo Vesuvinus apex, & flammea diri
Montis hiems trepidas exhausit civibus urbes.

Hinc derivatæ sunt voces hibernus, hiemans, hibernare, quæ omnes de Mari tempestatibus agitato dicuntur. Pers. *Satyr.* 6.

—— Mihi nunc Ligus ora
Intepet, hibernatque meum Mare. ——

Intepet, & hibernat, cùm ventis, & tempestatibus agitatur. Cic. *de natur. Deor. lib.* 2. *Atque etiam Maria agitata ventis ita tepescunt, ut intelligi possit, in tantis illis humoribus inclusum esse calorem: nec enim ille externus, & adventitius habendus est, sed ex intimis Maris partibus agitatione excitatus.* Tibullus *lib.* 2. *Eleg.* 6.

Claudit & indomitum moles Mare, lentus ut intra
Negligat hibernas piscis adesse minas.

Arcturus apud Plaut. *in Rudent. in Prolog.*

Increpui hibernum, & fluctus movi maritimos.

Et ne quis putet has voces in usu esse solummodo apud Poëtas, Plin. *lib.* 9. *cap.* 22. *Octobri ferè mense, autumnali sidere hiemante lacu.* Senec. *epist.* 114. *Dixit Sallustius aquis hiemantibus.* Arruntius in primo belli Punici ait: *Repentè hiemavit tempestas.* Et alio loco: *Inde sexaginta onerarias leves præter militem, & necessarios nautarum, hiemante Aquilone misit.* Petron. Arbit. *Satyr. Utinam me solum inimicus ignis hauriret, utinam hibernum invaderet Mare.* Sic & apud Græcos χεῖμα & χειμὼν significat Maris tempestatem: & νῆες χειμασθεῖσαι dicuntur naves tempestate jactatæ, atque dispersæ, à Thucydide *lib.* 3. & 8. *histor.*

Quemadmodum igitur Sallustius dixit: *aquas hiemantes*, & Petronius *hibernum Mare*, & Tibullus *hibernas minas*; sic Justinianus noster dixit *hibernum fluctum*; nempe fluctum tempestate agitatum. Posset etiam quis id referre ad Anni tempus, quia Hieme sunt maximæ tempestates: sed minus eleganter, ac minus etiam rectè. Etenim non semper Hieme maximæ tempestates excitantur. Certè Arcturus existimatur omnium Siderum acerrimum esse ad ciendas tempestates. Sic ipse loquitur apud Plaut. *in Rudent.*

Increpui hibernum, & fluctus movi maritimos.
Namque Arcturus signum omnium sum acerrimum.
Vehemens sum exoriens, cùm occido, vehementior.

Oritur autem Arcturi sidus ante Æquinoctium autumnale. Plin. *lib.* 2. *cap.* 47 *Sidus Arcturi, quod exoritur undecim diebus ante Æquinoctium Autumni.* Columell. *lib.* 11. *cap.* 2. *Nonis Septembris Arcturus exoritur.*

P

Itaque etiam Autumno potest contingere maxima tempestas: ac propterea definitio illa nec satis aptè, nec satis dilucidè aperiet naturam rei, quam definit. Sed tamen omnis interpretatio verior, & probabilior est ea, quæ communiter traditur de æstu marino.

5 Doctissimis Viris, ut opinor, imposuerunt verba Javoleni in *l. litus* 112. *ff. de verb. sig. Litus publicum est eatenus, quà maximè fluctus exæstuat.* His perspicuè videtur indicari æstus Maris. Sed non ita est. Hac voce utuntur Latini ad describendas tempestates. Virgil. *lib.* 3. *Georgic.*

Fluctus ut in medio cœpit cùm albescere ponto
Longius, ex altoque sinum trahit, utque volutus
Ad terras immane sonat per saxa, nec ipso
Monte minor procumbit: at ima exæstuat *unda*
Vorticibus, nigramque altè subjectat arenam.

Plin. *lib.* 37. *cap.* 2. *de electro*: *Oceano id exæstuante ad Pirenai Promontorium ejici.* Exæstuare & fervorem, & fragorem etiam indicat. Virgil. *de Ætna*:

— liquefactaque saxa sub auras
Cum genitu glomerat, fundoque exæstuat imo.

Utrumque autem proprium est tempestatis. Fragorem, & sonitum in tempestatibus nemo non audivit. Fervor quoque tempestati tribuitur. Itaque apud Eustath. *lib.* 5. *Odyss.* Dorion quidam irridet ineptum Poëtam, frigidè tempestatem describentem; & ait se vidisse multò majorem tempestatem excitari in patella bulliente. Unde Græci quoque utuntur simili verbo in describendis tempestatibus. Calab. *lib.* 2.

— ἠΰτε κύματα ἐκ Βορέαο θυέλλης
Πολλ' ἀπαφλάζοντα κυλίνδεται αἰγιαλοῖσιν.

Homer. *Iliad. lib.* 14.

— ἐν δέ τε πολλὰ
Κύματα παφλάζοντα πολυφλοίσβοιο θαλάσσης
Κυρτὰ φαληριόωντα πρὸ μέν τ' ἄλλ' αὐτὰρ ἐπ' ἄλλα.

Ab utroque Poëta dicuntur κύματα παφλάζοντα, hoc est, *fluctus exæstuantes.* Et Eustath. ad hos Homeri versus observat vim, & venustatem verbi, quod non solum fervorem demonstrat, sed etiam fragorem, & strepitum Maris agitati, quod elegantissimè expressit Virgilius verbo *exæstuandi*, & noster Javolenus in *d. l. litus ff. de V. S.* quà maximè fluctus *exæstuat*: quod eleganter dictum est, & non sine figura, quasi dicat: quò excurrit fluctus exæstuans, hoc est, tempestate agitatus. Et hanc esse sententiam Jurisconsulti in *d. l. litus publicum* 112. *ff. de V. S.* constat ex verbis, quæ subjiciuntur: *Idemque juris est in Lacu, nisi is totus privatus est.* Lacus quoldam tempestatibus agitari, certum est. Plin. *lib.* 9. *cap.* 22. *Octobri mense, autumnali sidere, ut palam est, hiemante lacu. Autumnali sidere*: nempè Arcturo, qui maximas excitat tempestates, ut suprà diximus. At verò lacus æstu, accessuque ac recessu reciproco, sicut Mare, non moventur. Idem *lib.* 2. *cap.* 97. ubi de æstu marino: *Qua de causa nec lacus, nec amnes similiter moventur.* Quamobrem verba Javoleni non possunt referri ad æstum, sed solum ad tempestatem: quâ lege maximè nostra sententia confirmatur.

CAPUT XXI.

Ad §. si communi 4. Inst. tit. de injur.

SUMMARIUM.

1 *Servis injuria non fit, sed si ea atrocior sit, domino infertur, & ipsi actio injuriarum acquiritur.*

2 *Æstimationem injuriæ servo communi factæ quisque ex dominis pro dignitate sua facit: Judex verò condemnat pro portione cujusque ex dominis. Conciliatur §. si communi* 4. Inst. Tit. de Injur. *cum l. sed non esse* 16. ff. de Injur. *& n.* 3. *&* 4.

3 *Æstimatio facta ab uno ex dominis, si referatur ad æstimationem alterius, non est pro portione dominii; si verò referatur ad ejusdem domini æstimationem, quæ facienda fuisset, si in solidum dominus fuisset, ea non est facta pro majore parte, quam pro qua dominus est.*

4 *Æstimatio in* l. sed non esse 16. ff. de Injur. *comparatur cum æstimatione quæ facienda esset, si esset dominus in solidum. Contrà in* d. §. *si communi* 4. *comparatur cum æstimatione alterius domini.*

5 *Vox quisque aptissima est ad comparandum unum cum alio.*

6 *Si testator instituerit filium nasciturum ex besse, & ex reliqua parte uxorem; si verò filia nasceretur, eam instituerit ex triente, & ex reliqua parte uxorem; natis filio,& filia hæreditas dividitur in septem partes,quarum una danda est filiæ,duæ uxori, quatuor verò filio. Explicatur l. si ita scriptum* 13. ff. de liber. & post.

7 *Si testator instituerit filium, qui nascitur, ex besse, & ex reliqua parte uxorem; si verò filia nascatur, instituerit eam ex quadrante, & ex reliqua parte uxorem; natis filio & filia hæreditas dividitur in decem partes, quarum una filiæ danda erit, tres uxori, & sex filio.*

8 *Regula, quâ dividenda est hæreditas in casibus n. 6. 7. allatis.*

1 Servis injuriam non fieri constat; sed si quid atrocius adversus eos tentatum sit, quod in contumeliam domini redundet, ipsi domino injuriam fieri, ipsum actionem habere ad injuriam vindicandam §. *servis autem Inst. tit. de injur. l. item apud Labeonem* 15. §. *pen. ff. de injur.* Quod si servus plures dominos habeat, omnibus actio injuriarum est concedenda. *d. l. item* 15. §. *ult.* Sed quomodo sit æstimanda injuria, an pro portione, quam quisque habet in servo, an pro dignitate cujusque domini; in hoc nutant ferè omnes Interpretes. Videntur enim duæ leges inter se discrepare. Justin. in §. *si communi.* 4. *Inst. tit. de injur. si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri; sed ex dominorum persona: quia ipsis fit injuria.* Contrà Paulus *in l. sed non esse* 16. *ff. de injur. sed non esse æquum pro majore parte, quam pro qua dominus est, damnationem fieri, Pedius ait: & ideo officio Judicis portiones æstimandæ sunt.*

2 Cùm puer adhuc primis Juris præceptis erudirer, & audirem has leges à doctissimis Viris omninò contrarias existimari; ab aliis multa fingi, aut inepta prorsus, aut à vero non parum abhorrentia; satis mirari non poteram eorum sollicitudinem, qui nodum in scirpo mihi quærere videbantur. Et cùm eo tempore mathematicis disciplinis sedulam operam darem, quibus me multum operæ ac temporis impendisse non pœnitet, multa ex libris Geometrarum deprompta exempla, atque demonstrationes afferre solebam, quibus ostenderem eamdem esse divisionem à Paulo, & à Justiniano factam, eamdemque injuriæ æstimationem. Sed quoniam his modo supersedendum est, ne stomachum moveam Jurisconsultis nostris, nimio plus delicatis, & has artes fastidientibus, idcircò aliâ viâ aggrediar ad has leges explicandas.

Quantum alii laborant, ut has leges inter se concilient, tantum ego, ut intelligam, 3 quomodo inter se dissideant. Ait Justinianus, æstimationem injuriæ factæ servo communi faciendam ex persona dominorum, non pro parte, quâ quisque dominus est. Ait Paulus, condemnationem non esse faciendam pro majore parte, quam pro qua quisque dominus est. Non sunt hæc contraria, ne quidem si velis. Æstimatio injuriæ, non est condemnatio. Injuriam æstimat, qui læsus, & injuriam passus est. § *pœna Inst. tit. de injur. l. item apud.* 15. §. *itaque Prætor ff. eod.* Condemnat autem Judex. *l. ult. C. de injur. lib.* 9. Injuriam æstimat læsus, quanti voluerit: condemnat Judex, quanti ipsi visum fuerit. §. *pœna Inst. tit. de injur.* Non sunt igitur contraria hæc: dominus æstimat injuriam pro sua dignitate, non pro parte, quâ dominus est: Judex condemnat reum pro parte, pro qua dominus est. Patritius, aut Senator, qui servi pro dimidia parte dominus est, æstimat injuriam servo factam mille aureis: Judex condemnat reum in quingentos, quia non totius servi dominus est, sed pro dimidia. Plebejus, qui dominus est alterius partis servi, injuriam æstimat centum aureis: Judex condemnat reum in quinquaginta, quia non totius, sed dimidii servi dominus est. Uterque rectè æstimavit, quia cùm utrique injuria facta sit, §. *si communi. in fin. Inst. h. tit.* & sua cujusque injuria propriam æstimationem habeat, *l. cum quis. in* §. *si nupta ff. de injur.* uterque in æstimanda injuria suæ dignitatis debet habere rationem. *l. servo* 30. *cum l. seq. ff. de injur.* Sed cùm uterque æstimaverit injuriam in solidum, Judex debet æstimationem redigere ad portionem, quam

quisque habet in servo, quia non est æquum, pro majore parte damnationem fieri, quam pro qua quisque dominus est. *d. l. sed non esse 16. ff. de injur.* Et hoc in *d. l.* significat JC. cum subjicit, *& ideò officio Judicis portiones æstimandæ sunt.* Nempè æstimatio, quæ in solidum fieret, si Servus totus esset Senatoris, aut Plebeji, officio Judicis redigenda est ad æstimationem portionis, quam quisque habet in servo: neque enim Judex ipse re verâ injuriam æstimat, sed æstimationem ab actore factam redigit ad id, quod æquum bonum ipsi videbitur. *§. pœna Inst. tit. de injur.* Cùm autem æquum non sit, ut pro majore parte, quam pro qua dominus est, pœnam injuriæ consequatur, quia nulla alia de causa eam consequitur, quam quia do-
3 minus est, & jure dominii pœnam percipit; Judex redigit æstimationem ad portionem dominii. *d. l. sed non esse ff. de injur.* Itaque ad actorem pertinet injuriam pro sua dignitate æstimare. *d. §. si communi.* Ad officium Judicis pertinet æstimare portiones servi, & ad eas redigere æstimationem injuriæ, ab utroque actore factam. *d. l. sed non esse.* Nec video, qua ratione hæc inter se pugnare dicantur.

Sed finge jam non differre æstimationem à condemnatione, aut æstimationem cum condemnatione convenire debere, nec eam in solidum æstimandam, sed pro parte: ac propterea à Senatore debere æstimari non mille aureis, sed quingentis; & à plebeio quinquaginta, non centum; ut æstimatio congruat condemnationi. Dico, nihilominus has leges non esse contrarias. Utrumque enim verum est: & injuriam æstimandam pro dignitate, non pro parte, pro qua quisque dominus est; & non esse æstimandam pro majori parte, quam pro qua dominus est. Essent hæc contraria, si eòdem referrentur: sed cum eòdem non referantur, est utrumque verissimum. Si unius æstimatio referatur ad æstimationem alterius, non est facta æstimatio pro parte, pro qua quisque dominus est: quia non eadem est ratio æstimationis ad æstimationem, quæ partis ad partem. Si verò æstimatio unius referatur ad ejusdem æstimationem, quæ in solidum facienda erat, si fuisset dominus in solidum; utrique æstimatio non est facta pro majore parte, quam pro qua dominus est: nam eadem est ratio æstimationis ad totam æstimationem, quæ partis ad totum servum. Dicam, si potero, ut intelligant etiam illi, qui geometræ non sunt. Senator æstimat injuriam quingentis aureis, plebeïus quinquaginta. Si Senator fuisset dominus totius servi, eam æstimasset mille aureis: si verò plebeïus, eam æstimasset centum. Si comparetur æstimatio Senatoris cum æstimatione plebeii, profectò facta non est pro parte, pro qua quisque dominus est. Etenim Senator, & plebejus æquales partes habent in dominio servi: at verò æstimatio Senatoris non est æqualis æstimationi plebeji, sed decupla; nam quinquaginta decies repetita efficiunt quingenta: igitur non est eadem proportio æstimationum, & partium. Si verò comparetur æstimatio Senatoris ad totam injuriæ æstimationem, quæ Senatori deberetur, si totius servi dominus esset; certè ea facta non est pro majori parte, quam pro qua dominus est. Etenim sicut servi dominus est pro dimidia parte, ita æstimatio ab eo facta, est dimidia totius æstimationis. Tota æstimatio esset mille aureorum; facta est autem æstimatio quingentorum. Quam rationem habent mille aurei ad quingentos, eamdem habet totus servus ad dimidium.

His expositis ad rem revertamur. In *l. sed* 4
non esse 16. ff. de injur. Paulus non comparat inter se utriusque domini æstimationes, nam de uno tantum loquitur: itaque comparat ejus æstimationem cum æstimatione injuriæ in solidum, quæ ab eo facienda esset, si totius dominus esset. Quapropter verissimum est, quod ait: non esse reum condemnandum pro majori parte, quam pro qua dominus est: nempè Senatori condemnandum in quingenta, non in mille: quia quingenta sunt dimidium mille: sicut dimidium servi ejus est. Contrà Justinianus in *§. si communi Inst. tit. de injur.* non de uno tantum domino loquitur, sed de utroque, & comparat inter se utriusque æstimationes. Est igitur veriſſi-

mum, quod æstimationes non sunt faciendæ pro parte, pro qua quisque dominus est: nam partes, quas quisque habet in servo, æquales sunt; æstimationes verò sunt valdè inæquales; quoniam Senator quingenta consequitur, plebeïus verò quinquaginta. Quod autem Justinianus comparet inter se utrumque dominum, & utriusque partes, & æstimationes, satis constat ex ipsius verbis. Ait enim: *non pro ea parte, quâ quisque dominus*
5 *est*. Verbum illud *quisque* in ea loquendi formula est aptissimum ad comparandum unum cum alio, & partem cum parte, & æstimationem cum æstimatione. Cicer. 3. *in Verr. Pro se quisque, ut in quoque erat autoritatis plurimum, ad Populum loquebatur.* Nempè qui cæteris comparatus, illis præstabat autoritate.

In hac explicatione non spero me Janum futurum,

— à tergo quem nulla ciconia pinsit:
Nec manus auriculas imitatur mobilis albas.

Videor enim mihi audire quosdam petulanti splene cachinnones eam risu, & cachinnis excipientes, quibus, ut risu rumpantur, objiciam alterius legis explicationem, ex penitissimis Arithmeticæ præceptis deprompatam.

6 Julianus in *l. si ita scriptum* 13. *ff. de liber. & post.* proponit hujusmodi institutionem. Si filius mihi natus fuerit, ex besse hæres esto: ex reliqua parte uxor mea hæres esto. Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente hæres esto: ex reliqua parte uxor hæres esto. & si filius & filia nati essent, dicendum est, assem distribuendum in septem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat. Vir doctus imprimis, & multis libris celebris, ideò duas partes uxori dandas putat, quia duplici respectu, & quasi duplex mater consideratur, natis & filio, & filiâ. Est id planè ridiculum. Constat, testatorem voluisse filium ex hæreditate consequi bis tanto pluris, quam uxorem; & uxorem bis tanto pluris, quam filiam: hæc enim est proportio bessis ad trientem, cum bessis trientem bis contineat. Itaque inveniendus erat numerus, qui dividi posset in tres numeros, datam rationem habentes, nempè bessis ad trientem, seu quam habent 2. ad 1. Solet dividi hæreditas in duodecim uncias, sed hic numerus non potest eo modo dividi, nec dupondium quidem aut tripondium. Quærendus erat alius numerus, nempè numerus minimus, qui datas partes haberet. Hujus numeri investigandi rationem docet Euclides *lib. 7. propos. ult.* si memini, eumque rectè invenit Julianus. Divisâ enim hæreditate in septem partes, consequimur id, quod volumus: nam hic numerus continet datas partes, nec eo minor potest reperiri; quoniam componitur ex his partibus 4. 2. 1. quæ inter se habent datam rationem, quælibet enim alterius est dupla. Quamobrem quatuor partes dandæ sunt filio, duæ uxori, una filiæ; ut filius altero tanto amplius habeat, quam uxor, & uxor altero tanto amplius, quam filia. *d. l. si ita scriptum* 13. *ff. de lib. & post.*

Finge aliud non dissimile testamentum. Si 7
filius mihi natus erit, ex besse hæres esto: ex reliqua parte uxor mea hæres esto. Si filia nata erit, ex quadrante hæres esto, ex reliqua parte uxor hæres esto. Natis filio, & filiâ, dividenda erit hæreditas in decem partes, quarum sex filio, tres uxori, una filiæ danda erit. An hic Vir ille doctus dicet uxorem tamquam triplicem matrem esse considerandam? Infinitæ hujus generis institutiones fingi possunt. Nec difficilis erit divisio ex *d. propos. ult. lib. 7.* Euclid. Quod si quis 8
geometriam non calleat, id assequi poterit incipiendo ab unitate, quam filiæ adsignabit; postea partem adsignabit uxori secundum proportionem, quam voluit testator: ac denique adsignabit filio: & has omnes partes colligendo intelliget, in quot partes dividenda sit hæreditas.

CAPUT XXII.

Ad l. si verò 5. §. 1. ff. qui satisd. cog.

SUMMARIUM.

1 *Quibus casibus recusari possit Fidejussor idoneus.*
2 *Ut aliquis sit idoneus fidejussor, requiruntur fides, & facultates.*
3 *Qui paupertatis arguit eum, qui pauper non est, injuriam facit ei; & qui debitorem appellat eum, qui non est.*
4 *Pauperes non sunt idonei fidejussores; ideò idoneus opponitur inopi, locuples dicitur pro idoneo, & vicissim idoneus pro locuplete.*
5 *Est de essentia idonei fidejussoris, quod sit locuples.*
6 *Inopia argui videtur fidejussor, qui tamquam non idoneus rejicitur: ideò injuria ei fit; sed si vult injuriarum agere, probare debet, se tamquam pauperem, aut fide indignum rejectum esse.*
7 *Debitori non fit injuria, si rejiciatur idoneus fidejussor. Debitor oblato idoneo fidejussore liberatur ab onere dandi fidejussoris; si satisdatio sit necessaria.*
8 *Præstatione ejus, quod debetur, tollitur omnis obligatio.*
9 *Si satisdatio sit voluntaria, debitori non fit injuria, si rejiciatur fidejussor idoneus.*
10 *Nemo cogi potest ad contrahendum invitus, & unicuique liberum est contrahere, quibus conditionibus velit; nam unusquisque est rei suæ moderator & arbiter.*
11 *Nemini injuriam facit, qui utitur jure suo.*
12 *Creditor recusando fidejussorem idoneum injuriam non facit debitori, sed ipsum ducendo in jus. Explicatur* l. *si verò* 5. § 1 ff. qui satisd. cog.
13 *Creditor ex* l. duodecim Tabularum *cogere poterat debitorem in jus ire, & si recusaret, poterat violenter ducere, etiam obtorto collo, sed antequam in eum manus injiceret, debebat antestari, hoc est testem aliquem appellare, cui memoriæ causâ aurem tangebat.*
14 *Ratio quare Magistratus in jus vocari non possint, & ii, quibus reverentia præstanda est, sine permissu Prætoris.*
15 *Prætor cavit, ut in jus vocati irent, aut satisdarent, & vetuit, ne quis in jus vocatos vi eximat. Quoties quis disjunctim hoc, aut illud facere tenetur, alterutrum faciendo liberatur.*
16 *Vox* quælibet in d. l. *si verò significat gravem. Injuria tribus modis infertur; scilicet lædendo corpus, aut libertatem, aut existimationem; his autem omnibus modis injuriam facit, qui ducit in jus eum, qui dedit idoneum fidejussorem.*
17 *Explicatur* d. l. *si verò* §. 1. ff. qui satisd. cog.

QUoniam attigimus quædam de injuriis, antequam aliò sermonem convertamus, de iis adhuc pauca quædam delibanda. Existimant Interpretes ferè omnes, eum, qui rejicit fidejussorem idoneum sibi oblatum, injuriam facere tum ipsi fidejussori, quem rejicit; tum debitori, qui fidejussorem illum obtulit. Imposuit illis incautis Caïus *in l. si verò 5. §. 1. ff. qui satisd. cog.* Verba legis hæc sunt: *Qui pro rei qualitate evidentissimè locupletem, vel (si dubitetur) approbatum fidejussorem judicio sistendi causâ non acceperit; injuriarum actio adversus eum esse potest: quia sanè non qualibet injuria est duci in jus eum, qui satis idoneum fidejussorem det. Sed & ipse fidejussor, qui non sit acceptus, tamquam de injuria sibi facta queri poterit.* Hanc legem explicare constituimus paulò accuratius.

Ac primùm differamus de ipso fidejussore, 1
qui rejectus est. Fit huic injuria, ut in fine hujus legis traditur à Jurisconsulto. Verissimum id est, non tamen semper. Multæ sunt causæ rejiciendi, ac reprobandi fidejussoris. Potest recusari fidejussor, si habeat fori præscriptionem. *l. si fidejussor. 7. in princ. ff. qui satisd. cogant.* Potest recusari, si non sit subjectus jurisdictioni illius Judicis, ad quem vocatus est reus. *l. 1. ff. si quis in jus vocat.* Potest recusari, si gaudeat privilegio restitutionis, qua de causa minor probandus non est. *l. de die* 8. §. *qui mulierem. ff. qui satisd. cogant.* junctâ *l. ait Prætor* §. *non solum ff. de minor.* Potest denique recusari, si non facilè possit conveniri. *l. 2. in princ. ff. qui satisd. cogant.* Si quis his de causis recusaverit fidejussorem, non puto ei injuriam facere. Quid enim refert fidejussoris, his de causis non admitti ad satisdationem? Non læditur ejus existimatio, non ejus personæ inuritur ulla nota, si dicatur eum tutum esse privilegio aliquo, &, ut ita dicam, vulgo exemptum: nisi quis dicat minui ejus libertatem. Sed adeò morosi esse non debemus. Nec impeditur cujusquam libertas in iis, quæ pendent ab aliena voluntate, & id omne constitutum est & inventum in utilitatem creditoris, non fidejussoris, qui non

subit onus obligationis, si respuatur, & ideò commodum sentit.

2 Sunt alia duo, quæ requiruntur, ut aliquis sit idoneus fidejussor: fides, & facultates. Fidejussor dandus est locuples pro rei qualitate. *l. 1. ff. in jus vocat. ut eant.* Item dandus est homo fide dignus: idoneus enim non tam patrimonio, quam fide æstimatur. *l. si quis stipulatus 112. in fin. ff. de verb. oblig.* Si his de causis rejiciatur fidejussor, fit ei injuria, quia læditur ejus existimatio. Contumeliâ, infamiâque afficitur fidejussor, si rejiciatur tamquam subdolus, vafer, veterator: & ideò fit ei injuria. *l. item apud 15. §. generaliter ff. de injur. princ. tit. Instit. eod.*

3 Si verò tamquam pauper rejiciatur, item fit ei injuria; nam & qui paupertatis arguit eum, qui pauper non est, injuriam ei facit: *l. si creditores 31. ff. de reb. aut. jud. possid.* aliàs *de privileg. credit.* & qui debitorem appellat eum, qui debitor non est. *l. item apud 15. §. si quis non debitorem ff. de injur.* Et aliæ multæ occurrunt hujus generis injuriæ.

Et de hoc agi puto in nostra *l. si verò §. 1. ff. qui satisd. cogant.* Nam licèt aliis quoque de causis possit rejici fidejussor, tamen eæ raro occurrunt, & sæpè earum ratio non habetur: hæc autem duo in fidejussore potissimum requiruntur. *d. l. si quis stipulatus ff. de V. O. & l. 1. ff. in jus vocat. ut eant.* Maxima vero habetur cura facultatum, sine quibus nemo est idoneus fidejussor. Egeni

4 enim non sunt idonei fidejussores: *l. 3. §. ult. ff. ut in possess. legat. l. si quo 41. in princ. ff. de petit. hæredit.* & idoneus opponitur inopi, *l. patri 27. §. ex hoc ff. de minor.* & ei, qui facultatibus lapsus est. *l. quod si 8. ff. de dol. mal. l. 1. §. si Magistratus ff. de Magistr. conven. l. etiam 14. ff. de admin. tut. l. 2. §. si eo ff. de admin. rer. ad civit. pertin.* Quapropter aliquando locuples dicitur pro idoneo, ut in *l. qui rem 166. ff. de reg. jur.* junctâ *l. qui proprio §. qui alium ff. de procurat.* & in *l. 2. in princ. ff. qui satisd. cog. l. quos nos 254. §. 1. ff. de V. S.* Sæpissimè autem idoneus significat locupletem, ut in *l. 2. §. idoneus ff. ad S C. Tertull. in l. aufertur 46. ff. de jure fisc. in l. qui sub conditione 111. ff. de cond. & demonstrat. l. si venditor 14. §. 1. ff. de in di. addict. l. 4. §. item ff. de appellat.* & passim in jure nostro; & quoties non exigitur fidejussor locuples, qualiscumque fidejussor admitti dicitur. *l. 1. ff. in jus voc. ut eant. l. 2. §. quod ait ff. qui satisd. cog.* Ex quibus constat, falsam esse senten- 5 tiam eorum, qui putant pauperem esse idoneum fidejussorem, dummodò sit probatæ spectatæque fidei. Nam de essentia idonei fidejussoris est, ut sit locuples pro rei qualitate, nempè ut habeat, unde solvat id, quod in fidejussione promittit. Neque enim alia de causa fidejussor accipitur, nisi, ut securum præstet creditorem; *l. 1. ff. qui satisd. cogant. princ. tit. Inst. de fidejussor.* & ut possit solvere, quod à principali debitore debetur, si ille facultatibus labatur. *§. ult. Inst. tit. de replic.* Itaque idoneus esse non potest, si hæc præstare non possit. Quamobrem Prætor edicto suo cavit, ut locuples fidejussor daretur. *l. 1. ff. in jus voc. ut eant.* Reliqua non expressit, quia cætera omnia sunt adminicula fidejussoris idonei: hoc unum est de substantia.

Cùm igitur substantia idonei fidejussoris 6 posita sit in facultatibus, & patrimonio; & idoneus dicatur is, qui locuples est; idcircò rectè traditum est à Caio in *nostra lege*, fieri injuriam fidejussori, qui recusatur: videtur enim inopiæ argui, qui rejicitur, tamquam non idoneus. Et de hoc agi *in d. l.* constat ex primis verbis: *qui pro rei qualitate evidentissimè locupletem, vel (si dubitetur) approbatum, &c.* Cæterum si alia de causa rejiciatur, ut suprà diximus, nulla erit actio injuriarum adversus rejicientem: itaque fidejussor, qui vult agere injuriarum, probare debet se aut tamquam pauperem, aut tamquam fide indignum, rejectum fuisse.

Hactenus de fidejussore: modo dicendum 7 est de debitore. Huic vero nullam injuriam fieri contendo. Nam aut satisdatio necessaria est, aut voluntaria. Si necessaria, tenetur debitor solummodo dare idoneum fidejussorem, quo oblato liberatur ab onere dandi fidejussoris: satisfecit enim suæ obligationi,

l. 3. ff. de fidejuss. l. 3. §. ult. ff. ut in poss. legat.
8 Præstatione enim ejus, quod debetur, omnis tollitur obligatio. *princ. tit. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Itaque nulla ei fit injuria, cùm perindè liberetur, ac si fidejussor acceptus fuisset; nec cogi possit ad alium dandum.

9 Si verò satisdatio sit voluntaria, cujusmodi ea est, quæ exigi solet in contrahendo, non facit injuriam, qui respuit fidejussorem; quia potest dicere: tecum non contraham, nisi alium fidejussorem dederis, aut nisi dederis hunc vel illum fidejussorem; neque cogi potest ad contrahendum invitus. *l. nec onere C. de jure delib. l. invitum C. de*
10 *contrah. empt.* Et unicuique liberum est contrahere illis conditionibus, quibus voluerit: *l. Imperatores ff. de contr. empt.* cùm unusquisque sit rei suæ moderator, & arbiter. *l. in re mandata C. mandat.* Itaque utitur jure suo, qui recusat cum aliquo contrahere, nisi alius fidejussor offeratur: nemini autem facit injuriam, qui jure suo utitur.
11 *l. injuriarum 13. §. 1. & §. quæ jure potestatis. l. quod Reipublicæ 33. ff. de injur. l. & in omnibus C. de appellat. l. continet 3. §. 1. ff. quod met. caus. l. Gracchus 4. C. ad leg. Jul. de adulter.* Quamobrem ab aliis Interpretibus rectè dissentit Hering. *de fidejuss. cap. 6.* & ait id, quod traditur *in d. l. si verò §. 1. ff. qui satisd. cogant.* speciale esse in satisdatione judicio sistendi: sed quia meo judicio rem non satis explicat, idcircò id uberius, & clarius explicabo.

12 Dico igitur, quod nec in aliis satisdationibus, nec in ipsa satisdatione judicio sistendi fit injuria debitori, recusando fidejussorem idoneum. Fit quidem injuria debitori in *nostra l. si verò §. 1. ff. qui satisd. cogant.* non tamen fit recusando fidejussorem idoneum oblatum à debitore; sed ducendo in jus ipsum debitorem. Satis evidenter id demonstrant verba legis: *quia sane non quælibet injuria est duci in jus eum, qui satis idoneum fidejussorem det.* Duo sunt facta separata, atque sejuncta: recusatio fidejussoris, & ductio in judicium. Factum recusandi fidejussoris injuriâ afficit ipsum fidejussorem, non verò debitorem, ut suprà ostendimus. Factum ducendi in jus afficit injuriâ ipsum debitorem. Itaque si creditor recusaverit fidejussorem, & non duxerit in jus debitorem, nullam ei injuriam faciet. Contrà si non recusaverit fidejussorem, & nihilominus eum in jus duxerit, ei injuriam faciet, & quidem multò majorem. Hinc constat, quod, etsi verissimum sit, quod lex specialiter est intelligenda, quando tum ipsa, tum ejus ratio specialis est; tamen hoc solo fundamento inniti non debemus, quod etsi convelli posset, tamen subsisteret nostra sententia. Nam superiora verba legis non tam continent rationem, cur injuria fiat, quam demonstrant factum, unde injuria oriatur. Quapropter sublato illo facto, injuria quoque omnis auferatur, necesse est.

Superest igitur ut explicemus, cur injuriâ debitor afficiatur, si in jus ducatur, cùm idoneum obtulerit fidejussorem. Sciendum autem est, quòd olim creditor debitorem in jus vocabat, & cogebatur debitor statim in jus ire. Cornific. *ad Heren. Lege jus est id, quod Populi jussu sancitum est, quod genus, ut in jus eas, cùm voceris.* Cic. *lib. 2. de legib. A parvis enim, Quinte, didicimus, si in jus vocet, atque eat; & ejusmodi alias leges nominare.* Ejusmodi erat lex duodecim Tabularum: *Si in jus vocet, atque eat:* hoc est, *si in jus vocet, statim eat.* Si debitor 13
frustraretur, aut fugeret, poterat creditor in eum violentas manus injicere, eumque vi ducere, trahere, rapere in jus, etiam obtorto collo, si reluctaretur. Constitutum id erat lege XII. Tabularum: *Si calvitur, pedemve struit, manum endo jacito.* hoc est, *si frustratur, aut refugit, manum injicito.* Quare nihil frequentius occurrit apud Comicos illis verbis: *in jus eas: in jus ambula: sequere ad tribunal.* Plin. in *Panegyr. ad Trajan. Dicitur Procuratori tuo: in jus veni: sequere ad tribunal.* Plaut. in *Aulul. Jam quidem ad Prætorem herclè te rapiam, & tibi scribam dicam.* Et in *Pœnul.*

Sed quid ego dubito fugere hinc in malam crucem,
Prinsquam obtorto collo ad Prætorem trahor?

Et

Et in *Rudent.*

— — obsecro te, subveni mi Charmides,
Rapior obtorto collo. — —

Verùm ne injuriam facere videretur debitori, antequam in eum manus injiceret, à lege XII. Tab. jubebatur antestari, hoc est, testem aliquem appellare, cui memoriæ causâ aurem tangebat. Plin. *l.* 11. *Cap.* 45. *Est in aure imâ memoriæ locus, quem tangentes antestantur.* Plaut. in *Persa*: *Sed ego in jus voco. D. nonne antestaris? S. tuâne ego causâ, carnifex. cuiquam mortali libero aures atteram.* Horat. *Satyr.* 9.

— — casu venit obvius illi
Adversarius; & , quò tu turpissime? magna
Exclamat voce: & , licet antestari? ego verò
Oppono auriculam; rapit in jus. — —

14 Hinc intelligimus, cur vim inferre videatur, qui aliquem de domo sua in jus vocat; *l. plerique ff. de in jus voc.* & cur vocari non possint in jus illi, quibus reverentia præstanda est, sine permissu Prætoris; *l. generaliter ff. eod.* itemque prohibeantur in jus vocari Magistratus, qui imperium habent. *l.* 2. *ff. eod.* quod explicat Gell. *lib.* 13. *cap.* 13. *Neque vocari, neque si venire nollet, capi, atque prehendi salvâ ipsius Magistratûs majestate posset.*

15 Prætor autem ut hoc jus mitigaret, edicto suo cavit, ut in jus vocati irent, aut satis, vel cautum darent, de quo *in tit. ff. in jus voc. ut eant, aut satis vel caut. dent.* Non vetuit Prætor rapi in jus eum, qui vocabatur. Imò aliud edictum proposuit, quo metu pœnæ compesceret eos, qui in jus vocatos vi eriperent: *l.* 1. *in princ. ff. ne quis eum qui in jus vocat. vi eximat.* eripere est de manibus auferre per raptum. *l. sed eximendi* 4. *ff eod.* quare si punit eos, qui eximunt, aut auferunt in jus vocatos de manibus vocantis, utique permittit manus injicere in eos, qui in jus vocantur. Hoc tantum concessit Prætor in jus vocatis, ut si nollent rapi in jus, & in jus statim ire, satisdarent, & satisdatione ab hac molestia eundi in jus in præsens liberarentur. Igitur, qui idoneè cave e paratus est, in jus duci non potest: quoties enim aliquis disjunctim hoc aut illud facere, & præstare tenetur, alterutrum faciendo liberatur. §. *si plures Inst. tit. de hered. instit. l. si Titio* 16. *ff. de legat.* 2. *l. si quis ita* 129. *ff. de V. O. l. si unus* 27. § *sed si stipulatus ff. de pact. l. stipulatus sum, Damnum.* 105. *l. ubi autem* §. *qui illud l. eum qui certarum* 138. §. 1. *ff. de verb. oblig. l & per jusjurandum* §. *si is qui hominem ff. de acceptil.*

En ratio nostræ legis. Qui ducit in jus 16 eum, qui satis idoneum fidejussorem dedit, facit ei injuriam, quia eum in jus ducere non potest. Olim si antestatus fuisset, non faciebat ei injuriam, quia id lege permittente faciebat, & jure publico utebatur. *l. injuriam* §. 1. *ff. de injur.* hodie ex edicto Prætoris injuriam facit, si satisdare paratus est, quia per vim reum ducit eò, quò duci non potest. Et quidem non quamlibet injuriam facit, ut ait ibi Jurisconsultus: hoc est, non modicam, sed insignem, & gravem, *l. fluminum* 24. §. *idem ait ff. de damn. infect.* Plin. *lib.* 7. *cap.* 28. *Bis ab Annibale captus, neque enim cum quolibet hoste res fuit.* Gravis autem, & insignis injuria est, quia plures injuriæ in unam cumulantur. Infertur in aliquem injuria tribus modis, lædendo aut ejus corpus, aut ejus libertatem, aut ejus existimationem: hisque omnibus modis injuriam facit, qui in jus ducit eum, quem ducere non potest. Lædit ejus corpus, quia in ipsum injicit manus violentas. *l.* 1. §. *injuriam ff. de injur.* Lædit ejus libertatem, quia eò ire cogit, quò non vult, & quò cogi jure non potest. *l. injuriarum* §. *ult. ff. eod. tit.* Lædit denique ejus existimationem, quia dat occasionem Populo existimandi, eum esse adeò pauperem ac deploratæ fidei, ut non possit reperire idoneum fidejussorem. Similes injuriæ proponuntur in *l. item apud Labeonem* 15. §. *item si quis* 32. *&* §. *seq. l. si creditor* 19. *& l. si injuria* 20. *ff. de injur.* § 1. *Instit. eod. tit. l. si creditores* 31. *ff. de reb. aut. Jud. possid.* aliàs: *de privil. credit.* Præter ea læditur ejus existimatio, quia hoc non fit sine

contumelia & clamore, & vociferatione populi concurrentis. Horat. *Sat.* 9.

— Rapit in jus, clamor utrinque,
Undique concursus — —

Quæ injuria speciali Prætoris animadversione digna fuit: *l. item apud* 15. *§. ait Prætor.*
17 juncto §. *convicium autem & §. fecisse ff. de injur.* ac proindè non levis injuria est, sed notabilis. *d. l. item apud §. hoc edictum.*

Non est igitur dubitandum, injuriam fieri debitori, ducendo eum in jus, non respuendo fidejussores. Quapropter cautè Caïus in nostra *l si verè* non absolutè dixit injuriarum teneri, qui non accipit idoneos fidejussores judicio sistendi causâ datos, sed dixit: *adversus eum injuriarum actio esse potest.* Potest esse actio injuriarum: videlicet, si eum nihilominus in jus duxerit. Si autem non duxerit in jus, nulla erit actio injuriarum. Ideò verbis illis subjecit Jurisconsultus; *quia non qualibet*, &c. ut ostenderet, quando sit actio injuriarum.

CAPUT XXIII.

Ad l. vulgaris 21. ff. de furt.

SUMMARIUM.

1 *Gallinarum, & columbarum furtum fit.*
2 *Explicatur.* §. Gallinarum Inst. tit. de Rer. divis.
3 *Explicatur* d. §. Gallinarum *& Pomponius* l. 8. §. 1. ff. fam. erc.
4 *Explicatur Auth.* seu *Nov.* ut omnes obediant *vers.* *69. Cap. 1. & n. 6.*
5 *Pretium Columbarum, Gallinarum, & Turdorum quantum antiquitùs esset. Gallinæ altiles legibus sumptuariis interdictæ erant.*
6 *Verba*: parvum, exigunm, modicum, *relativa sunt; ideò Gallina est quid minimum, ut quis cogatur ire in aliam Provinciam ad eam persequendam; & furtum, de quo agitur in* l. 3. §. idem rescripsit ff. de Bon. eor. qui ant. sent. *licet modicum dicatur, in aliis casibus modicum non est. Explicatur* d. l. 3.
7 *Exempla furtorum rei minimæ referuntur, inter quæ recensetur furtum Aquæ. Explicatur* l. Vulgaris 21. ff. de Furtis & n. seqq.
8 *Nummus pro re minima ponitur; cùm decem nummi viginti quinque Asses contineant seu viginti carata nostra moneta.*
9 *Modius pro re minima ponitur, & quantum frumenti contineret. Explicatur* l. quidam 7. § ult. ff. de Trit. Vin. & Olleg.
10 *Pretium quo venibat antiquitùs modius frumenti. Frumentum ab Ædilibus plebi distribuebatur quatuor assibus in modios, sæpè etiam duobus, ac non semel assibus: postea lege Clodii gratis dari cœpit. Molæ aquâ versatiles non erant apud Romanos, sed aut manu servorum, aut jumentis agitabantur. Medimnus sex modios continet.*
11 *Sextarium frumenti de nave onerata auferens furtum facit sextarii. Modius sextarios sexdecim continebat.*
12 *Amphora continebat urnas duas, sextarios quadraginta octo. Furtum sextarii vini proponitur, & quo pretio veniret.*
13 *Quadragena urna vini venibant nummis trecentis.*
14 *Si quis è cisterna Aquæ sextarium abstulerit, furtum committit.*
15 *In quibusdam Regionibus aqua venundatur.*
16 *Furtum rei minimæ fiebat etiam apud Græcos.*
17 *Solonis leges etiam fimi fures puniebant; unde adagium* βολίτου δίκη fimi judicium.
18 *Draconis leges etiam pomi, aut lactucæ furtm capite puniebant.*
19 *Militibus apud Romanos rei minimæ furtum permittebatur, dumne nummum argenteum excederet.*
20 *Pro re minima furti actio datur.*

SUbjiciamus aliquid de furtis. Rei minimæ furtum fieri fatentur ferè omnes Interpretes, sed meo judicio omittunt ea argumenta, quibus id perspicuè potest demonstrari. Probant hanc sententiam §. *Gallinarum Inst. tit. de rer. divis. & acquir. ear. dom.*
ubi gallinarum fit furtum; gallinam autem 1
esse quid exiguum, tradit Justinianus Legislator noster *in auth. ut omnes obediant. vers. 69. cap.* 1. Item afferunt textum in *l. Pomponius* 8. §. 1. *ff. fam. ercisc.* ubi columbarum furtum fit.

Sed eludi facilè potest vis horum argu- 2
mentorum. Primùm in §. *gallinarum* non quæritur de quantitate rei, cujus furtum fieri potest; sed de natura gallinarum, an sint mansuetæ, vel mansuefactæ, vel feræ, & ejusmodi, ut occupanti concedantur, an verò ejusmodi, ut earum furtum fiat. Ait Justinianus, naturâ suâ ejusmodi esse, ut earum furtum fiat. Inde autem non consequitur fieri furtum rei minimæ. Ea est natura gallinarum, ut earum furtum fiat, dumne id impediat quantitas rei surreptæ. Ut enim aïunt in scholis, supponendi sunt semper

termini habiles. Si gallina sit adeò modicæ æstimationis, ut ejus furtum non fiat, furtum quidem non committetur; non tamen quia furto repugnet natura gallinæ, sed quia repugnat modica quantitas: non quia gallina concedatur occupanti, sed quia tanti non est, ut furtum admittat.

3 Præterea miror, & hunc §. *&* *d. l.* 8. adduci ad hoc probandum. Etenim non unius gallinæ, aut columbæ furtum fieri dicitur, sed gallinarum, & columbarum; nempè tot, quot sufficiant ad constituendam rem non minimam.

4 Ad *auth. ut omnes*, &c. idem responderi posset; in ea supponi furtum gallinæ domesticæ, dummodo ea tanti fuerit, ut rem minimam excedat: non enim sancitur gallinæ furtum fieri, ut inde possimus arguere fieri furtum cujuscumque gallinæ, sed obiter gallinæ furtum nominatur, tamquam furtum rei exiguæ, non minimæ.

5 His addo gallinarum, & columbarum eum olim fuisse valorem, ut non semper minima res sint judicandæ. Plin. *lib.* 10. *cap.* 37. *L. Axius Eques Romanus ante bellum civile Pompeïanum denariis quadringentis singula paria* (columbarum) *venditavit, ut M. Varro tradit.* Sunt quadraginta nostrorum scutorum. Varro de pullis earum *lib.* 3. *c.* 7. *Romæ si sunt formosi, bono colore, integri, boni seminis, paria singula vulgò veneunt ducenis nummis: nec non eximia singulis millibus nummum, quas nuper cùm mercator tanti emere vellet à L. Axio Equite Romano, minoris quadringentis denariis daturum negavit.* Non mirum igitur, etiam columbarum furtum factum fuisse, cùm vulgò venirent singula paria decem, aut viginti quinque scutis nostri temporis. Gallinarum quoque non modicum fuisse pretium existimo, maximè altilium, quæ legibus sumptuariis interdictæ erant. Plin. *lib.* 10. *cap.* 50. *Hoc primum antiquis cœnarum interdictis exceptum invenio, jam lege C. Fannii Cos.* XI. *annis ante tertium Punicum bellum, ne quid volucrum poneretur præter unam gallinam, quæ non esset altilis, quod deindè caput translatum per omnes leges ambulavit. Inventumque diverticulum est in fraudem earum gallinaceos quoque pascendi lacte madidis cibis: multò ita gratiores approbantur.* Ecquis dubitet de his? cùm denariis ternis turdi venderentur, ut restatur Varro *de Re Rustica*, cujus verba non pigebit apponere, ut intelligant Nostri valorem avium apud Romanos: *Certè, inquit Merula, ibi vidi greges magnos Anserum, Gallinarum, Columbarum, Gruum, Pavonum, nec non Glirium, Piscium, Aprorum, cæteraque venationis, ex quibus rebus Scriba librarius eius in annos singulos plus quinquaginta millium à Villa capere dicebat. Axio admirante: Certè nosti, inquit, Matertera mea fundum in Sabinis, qui est ad vicesimum quartum lapidem viâ Salariâ, à Roma. Quid ni? inquit. Atqui in hac Villa qui est ornithon, ex eo uno quinque millia scio venisse Turdorum denariis ternis. Sexagima millia ea pars reddiderit eo anno Villa, bis eantum, quam tuus fundus ducentorum jugerum Reatè reddit. Quid sexaginta, inquit Axius? Sexaginta, sexaginta, derides? Sexaginta, inquam. Sed ut ad hunc bolum pervenias, opus erit tibi, aut Epulum, aut Triumphus alicujus, ut tunc fuit Scipionis Metelli, aut Collegiorum cœna, quæ nunc innumerabiles excandefaciunt annonam macelli. Reliquis annis omnibus & hanc expectabis summam: quotus enim quisque est annus, quo non videas Epulum, aut Triumphum, aut Collegia coëpulari, quæ nunc innumerabiles intendunt annonam.* Plura non exscribo, sed videnda sunt cætera.

Nec obstat *text. in d. Nov. ut omnes* 69. 6
cap. 1. ubi gallina domestica exiguum quid dicitur. Verba, *parvum, exiguum, modicum*, referuntur ad id, de quo agitur. In hac *Novella* sancit Justin. neminem in aliam Provinciam ire cogi, ut conveniat debitorem suum, sed posse eum in ea Provincia conveniri, in qua deliquit. Certè gallina, non solum quid exiguum est, sed minimum, ut hac de causa quis cogatur in aliam Provinciam ire ad eam persequendam. Quis in aliam Provinciam iret, ut tam tenuem mercedem acciperet? Quare inter furta rei minimæ non recenseo furtum, de quo *in l.* 3. *§. idem rescripsit ff. de bon. eor. qui ante sent.*

licèt ibi reus modici furti nominetur. Nam cùm ibi agatur de eo furto, propter quod reus esset condemnandus morte, vel deportatione, & bona ejus fisco essent vindicanda, omnia furta modica sunt, propter quæ ejusmodi pœna non irrogatur.

7 Exempla igitur furti minimæ rei petenda sunt ex *l. vulgaris* 21. *ff. de furt.* Quam nostri aut omittunt, aut strictim attingunt, cùm tamen hoc ferè fundamento innitatur hæc sententia. Quapropter eam copiosè explicare constituimus. Quatuor ibi referuntur exempla furtorum rei minimæ. Furtum facit, & furti se obstringit, tum qui aufert decem nummos: tum qui modium frumenti: tum qui sextarium: tum denique qui aquam. Et ne quid possit incidere dubitationis, proponitur frumentum ablatum de nave oneratâ, aut de horreo pleno, & aqua de cisterna.

8 Furtum decem nummorum satis modicum est. Decem nummi sunt viginti quinque asses, seu viginti caratia nostræ monetæ. Nummus pro re nihili ponitur in *l. si quis* 46. *ff. locat.* Cicer. *pro Q. Rosc. Comœd. Hic tu si amplius sestertio nummo petisti, quàm tibi debitum est, causam perdidisti.* Et *ad Attic. lib.* 5. *epist.* 21. *Rationes conferatis; assidunt: subducunt: ad nummum convenit.* Catullus autem, ut rem minimâ minorem significaret, *assem* dixit:

Rumoresque senum severiorum
Omnes unius æstimemus assis.

Et Martial.

Asse duos calices emit, & ipse tulit.

9 Alterum est furtum ejus, qui ex acervo frumenti modium sustulit. *d. l. vulgaris* 21. *in princ.* Modiis triticum admetiebantur, & hâc mensurâ vendi, promitti, legari solebat. *l. quod sæpè §. in his ff. de contr. empt. l. quod legatur ff. de judic. l. colonus* 61. §. *navem locat. l. ubi autem* 75. §. 1. *ff. de verb. oblig. l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejuss.* & alibi passim. Quantum penderet hæc mensura, tradit accuratè Plin. *lib.* 18. *cap.* 7. *Ex his generibus, quæ Romam invehuntur, levissimum est Gallicum, atque è Chersoneso advectum, quippe non excedunt in modium vicenas libras, si quis granum ipsum penderet. Adjicit Sardum selibras, Alexandrinum & trientes: hoc & Siculi pondus. Bœoticum totam libram addit: Africum & dodrantes. In Transpadana Italiâ scio vicenas quinas libras farris modios pendere circa Clusium, & Senam.* Modius igitur frumenti vicenas libras pendet, aut non multò plus. Quam modica res est! Hinc explicatur *l. quidam* 7. § *ult. ff. de vin. trit. & ol. leg. Lucio Titio tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendeant, hæres dato. Ofilius nihil legatum esse, quod & Labeo probat, quoniam ejusmodi triticum in rerum natura non esset, quod verum puto.* Rectè: nusquam enim nascitur triticum tanti ponderis.

Atque ut appareat, quàm modica res sit 10
frumenti modius, dicendum est aliquid de ejus pretio. Pretium certum statui non potest. Varium enim & pro fertilitate Regionis, & pro annonæ vilitate. Polyb. *lib.* 2. ubi de Gallia Cisalpina: Σίτε τε γὰρ τοσαύτην ἀφθονίαν ὑπάρχειν συμβαίνει κατὰ τοὺς τόπους, ὥστ' ἐν τοῖς καθ' ἡμᾶς καιροῖς πολλάκις τεττάρων ὀβολῶν εἶναι τὸν πυρῶν τὸν Σικελικὸν μέδιμνον, τὸν δὲ κριθῶν δυοῖν. *Frumenti enim ea copia est in iis locis, ut persæpè nostris temporibus tritici medimnus Siculus veneat quatuor obolis, hordei verò duobus.* Medimnus sex modios continet. Itaque ibi frumenti modius non multò plus asse venibat. Hui rem minimam! Ex oratione Demosthenis *in Phormion.* constat, ejus ævo medimnum frumenti quinque drachmis Athenis æstimatum fuisse, itaque paucis assibus modius æstimabatur. Quid in Sicilia? Cicer. in *Divin. in Q. Cæcil. Queritur Sicilia tota, C. Verrem ab aratoribus, cùm frumentum sibi in cellam imperavisset, & cùm esset tritici modius sestertiis duobus, pro frumento in modios singulos duodenos sestertios exegisse.* Idem 3. *in Verr. Fuit autem te Pratore, ut tu in multis epistolis gloriaris, sestertiis duobus.* Et infrà: *Hoc reprehendo, quod cùm in Sicilia sestertiis duobus tritici modius esset, ut istius epistola ad te missa declarat: summum sestertiis ternis scio eo anno magnam fuisse annona vilitatem.* Sed quàm minima res est duo, aut tres sestertii: hoc est, duo, aut

tres nummi? Romæ quoque satis tenue frumenti pretium fuisse existimo: nam cùm olim ab Ædilibus plebi frumentum distribueretur quatuor assibus in modios, sæpè etiam duobus, ac non semel etiam assibus, postea verò lege Clo lii gratis dari cœperit, non poterat immodicum esse ejus pretium. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. *M. Varro autor est, cum L. Metellus in triumpho plurimos duxit Elephantos, assibus singulis farris modios fuisse.* Tacit. *lib.* 15. *Annal.* de Nerone: *Subvectaque utensilia ab Hostia, & propinquis Municipiis, pretiumque frumenti minutum usque ad ternos nummos.* Plin. *lib.* 18. *cap.* 10. *Panes verò è modio similaginis* 122. *è floris modio* 117. *Pretium huic annona media in modios farinæ quadraginta asses.* Anteà dixerat: *Similago ex tritico fit: laudatissima ex Africo: justum est è modiis redire semodios, & pollinis sextarios quinque: ita autem appellant in tritico, quod florem in siligine.* Si ex modio frumenti semodius similaginis redit, summa redigetur ad viginti asses. Quod si subducamus operam farinæ in cerniculo decutiendæ, & impensam tritici in farinam molendi, pretium frumenti ad summam multò minorem redigemus. Neque enim puto hos sumptus compensari posse eum ea parte, quæ superat secretâ similagine. Etenim sumptum tritici molendi non modicum fuisse existimo, cum illi non uterentur molis aquâ versatilibus, sed aut trusatiles essent molæ, manu servorum agitatæ, aut jumentariæ, & asinariæ, jumentorum labore circumactæ, ut satis notum est, & docemur in *l. dolia* 26. *§.* 1. *ff. de instr. vel instrum. leg.* Certè Martialis *lib.* 12. *epig.* 77. summam adeo minuit, ut ferè ad nihilum redigat:

Amphora vigessis, modius datur ære quaterno.

Vides hìc quatuor assibus tritici modium æstimari. Pone triticum infimæ notæ, pone summam annonæ vilitatem, vix tamen ad hanc summam descendes: nisi fortè non de Roma, sed de alia Regione id est intelligendum. Nam Columella *lib.* 3. minimum pretium amphoræ vini esse ait quindecim nummorum, hoc est triginta septem assium cum semisse; hoc autem loco Martialis amphoram viginti assibus dari. Itaque aut de insolita ubertate anni loquitur; aut de alia Regione; aut poëticè pretium minuit.

Sed jam ad tertium furtum progrediamur. 11
Hoc verò minimo minus est. In *d. l. vulgaris §. Sed si de navi ff. de furt.* traditur eum, qui sextarium frumenti de navi onerata sustulerit, furtum sextarii facere, non totius frumenti: modius sextarios sexdecim continebat, ut nos docet Volusius Mæcianus in libro *de ponder.* & satis constat inter Eruditos. Divide jam in sexdecim partes pretium, quod modio frumenti tribuimus, quantula erit summula? Piget me rationem subducere: sed ut summum frumenti pretium statuas, vix tamen ad duos asses pervenies. Proponitur in eodem §. furtum ejus, 12
qui vini sextarium abstulit. Sextarius enim, & aridorum, & liquidorum mensura communis est. Pretium ejus hoc modo assequemur. Amphora continebat urnas duas, sextarios quadraginta octo, ut docet Volus. Mæcian. Amphoræ sæpè fit mentio in Jure nostro, ut *in l.* 3. *§.* 1. *ff. de vin. trit. & ol. leg.* in *l. quod sæpè §. in his ff. de contr. empt. l.* 2. *C. de peric. & com. rei vend. l. quarumdam ff. de acquir. poss. l. inter stipulantem §. sacram ff. de V. O. l. ult. §. ult. ff. ad leg. Rhod. l. Vinaria* 206. *ff. de V. S. & passim in tit. ff. de trit. vin. & ol. leg.* Quare urna continet sextarios 24. & quadragenæ urnæ continent sextarios 960. Traditum est à Co- 13
lumella *l.* 3. quadragenas urnas, cum minimum est annonæ pretium, vænire nummis trecentis; hoc est assibus 750. Igitur sextarii 960. væneunt assibus 750. Asses 750. sunt quadrantes 3000. Igitur sextarius vini subductâ ratione tribus quadrantibus æstimatur: En furtum, quo vix minùs potest excogitari.

Sed est adhuc furtum quoddam minus. 14
Nam &, si quis ex cisterna aquæ sextarium abstulerit, furtum faciet. *d. §. sed si de navi.* Nihil vilius aquâ: solet ea concedi sine ullo pretio etiam illis, qui nobis noti non sunt. Arguté, ut solet, Plaut. *in Aulul.*

Tum aquam aufugisse dicito, si quis petet.

Et infrà:

Aquam herclè plorat, cum lavat, profundere.

M. Tull. *lib.* 2. *de offic.* ut rem incredibilem dicat: *At ii, qui ab hostibus obsidentur, si emere aqua sextarium minà cogerentur, hoc primò incredibile videri, omnesque mirari.*

15 Non ignoro, quasdam esse Regiones, ubi aqua emitur. Ulpian. in *l.* 1. *ff. de alim. legat. Si alimenta fuerint legata, dici potest etiam aquam legato inesse, si in ea Regione fuerint legata, ubi venumdari aqua solet.* & in *l. Mela* §. *ult. ff. eod. Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso, cum in ea Regione Africa vel fortè Ægypti, res agi proponebatur, ubi aqua venalis est.* Sed cum vini sextarium tribus quadrantibus æstimaverimus, quanti erit æstimandus aquæ sextarius? Quid si hoc intelligamus de ea Regione, ubi aqua non emitur? Elegans est hac de re Martialis Epigramma 47. *lib.* 6.

Exsolvit votis hac se tibi virgine porca
Marcus, furtivam qui bibit ager aquam.
Tu contenta meo jam crimine gaudia fontis.
Da secura tui: sit mihi sana sitis.

16 Videor mihi satis perspicuè probasse, etiam rei minimæ furtum fieri. Neque hoc mirum cuiquam videatur, cùm & apud Græcos, quorum leges, & instituta Romani sunt imitati, rei minimæ furtum fieret. Liban. in paradigmate loci communis in proditorem: τοὺς ἐπὶ πέντε δραχμὰς ἁλόντας κολάζετε. *Convictos furti quinque drachmarum*
17 *punitis.* Solonis enim leges etiam fimi fures puniebant: unde apud Græcos usurpatum est adagii loco βολίτου δίκη, *fimi judicium*, in eos dictum, qui rei minimæ judicium, ac pœnam sustinent; ut traditum est à Scholiaste *Aristophanis in Equit.* & à Suida, & in Vaticana appendice *centur.* 1. *Prover.* 24.
18 Draconis autem leges etiam pomi, aut lactucæ furem capite puniebant, ut sciunt omnes. Plutarch. *in vita Solonis*, & Gell. *lib.* 11. *cap.* 18.

Hoc tantum monendum superest, quod 19 quamvis apud Romanos severissima esset disciplina militaris, tamen rei minimæ furtum militibus permittebatur, dumne excederet nummum argenteum. Gell. *lib.* 16. *cap.* 4. *Cùm delectus antiquitùs fieret, & milites scriberentur, in jusjurandum eos Tribunus Militaris adigebat in verba hac. In Magistratu C. Lalii C. filii Cos. L. Cornelii P. filii Cos. in exercitu, decemque millia passuum propè, furtum non facies dolo malo solus, neque cum pluribus, pluris nummi argentei in dies singulos.* Puto id constitutum propter atrocitatem pœnæ, quæ his irrogabatur. Polyb. ξυλοκοπεῖται δὲ καὶ ὁ κλέψας τι τῶν ἐκ τοῦ στρατοπέδου, *Fuste percutitur & is, qui furto aliquid è Castris abstulit.* Suet. *in Tiber. cap.* 60. *Is militem prætorianum ob surreptum è viridario pavonem capite punivit.* Et Spartianus testatur, Pescennium Nigrum ob unius gallinacei direptionem decem commanipulones, qui raptum ab uno comederant, securi percuti jussisse.

Illud ad explicationem nostræ legis subjiciendum est: quod harum rerum minimarum non solum furtum fit; sed etiam furti tenetur, qui abstulit. In nostra *l. in princ.* 20 ibi *in tantum eos furti actione teneri, quantum abstulerint.* & in §. 1. *teneri furti, decem nomine placet.* Et in hac lege passim agitur de actione furti: & promiscuè dicitur *furtum fieri*, & *furti actionem esse*: ut in *princ. legis.* & in §. *item si quis.* & in §. *si duo.*

CAPUT XXIV.

Ad l. si ita fidejussorem 41. ff. de fidejussor.

SUMMARIUM.

1 *Fidejussor in majorem summam accipi non potest.*

2 *Medius frumenti in summa annona caritate quindecim sestertiis in Sicilia æstimatus fuit.*

3 *Fidejussor in minorem summam, & in leviorem causam accipi potest.*

4 *Quoties nominantur* decem, centum, *solet significari* decem millia HS, centum millia *& proinde efferri solent neutro genere.*

5 *Quando summam aliquam aureorum significare volunt Jurisconsulti, exprimunt aureos, aut solidos.*

6 *Fidejussor in aliam obligationem accipi non potest, & quando in aliam obligationem accipi dicatur?*

7 *Centenarius libertus quis dicatur, & an Tribonianus in hac re deceptus sit? aureus continet centum sestertios.*

8 *Emendatur* l. Mævia 48 ff. sol. matrim. *sestertium continet mille sestertios.*

9 *Emendatur* l. Pater. 38. §. Fideicommissis ff. de legat. 3. *Scævola floruit sub M. Antonino; Paulus sub Alexandro, & Scævolâ Præceptore utebatur in Jure respondendo. Aureus quando solidi nomen acceperit & n. 20. Tremisses cudi jussit Alexander, qui tertiam partem aurei continebant.*

10 *Aurei appellati sunt solidi etiam ante Alexandrum, quod multis exemplis probatur.*

11 *Emendatur* l. Ofidius 97. ff. de legat. 3. & l. Tantum 88. ff. de V. S. *Veteres utebantur adverbiis numeralibus, & subintelligebatur* centena millia, *adeo ut* decies sestertiûm *significaret decies centena millia sestertiûm, & his adverbiis tamquam nominibus utebantur.*

12 *Ostenditur quod adverbium illud* centies in d. l. Ofidius & d. l. Tantum *non potest significare centum aureos, nec centies centena millia aureorum.*

13 *Emendatur* l. Cùm hæres 4. §. 1. ff. de statulib. *& explicatur & n. 14.*

14 *Latinus libertus fiebat olim, qui manumittebatur pendente conditione, sub qua ei jam data erat libertas, non autem Civis Romanus fiebat. Explicatur* l. Ultima ff. de Manum. testam.

15 *Deportati quia Civitatem amittunt, dicuntur libertatem amittere. Explicatur* l. Cognitionum 3. §. ult. ff. de extraord. Cognit.

QUæ de frumenti pretio disputavimus, nobis facem præferunt interpretationi *l. si ita 42. ff. de fidejuss. Si ita fidejussorem accepero: quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse jubes? non obligatur fidejussor, quia in aliam rem, quam quæ credita est, fidejussor obligari non potest: quia non ut æstimatio rerum, quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest; ita pecunia quoque merce æstimanda est.* Æstimantur in hac lege mille modii frumenti decem. Non tamen adjicitur, an sint decem aurei, an vero decem sestertia, hoc est decem millia sestertiûm. Si decem aureis æstimentur mille modii frumenti, singulorum valor erit unius nummi: si verò decem millibus HS. erit decem nummorum.

Existimo in hac lege eum, qui fidejusso- 1
rem accipit, decem millia credidisse, non
decem aureos: primùm, quia fidejussor in
majorem summam accipi non potest. §. *fide-
jussores Inst. tit. de fidejus. l. Græcè* 8. §. *illud
ff. & l. hi qui* 34. *ff. de fidejussor.* Itaque ma-
ximè verendum esset, ne fidejussor acceptus
esset in duriorem causam, si frumentum tam
modico pretio fuisset æstimatum. Pluris enim
Romæ fuisse suprà demonstravimus. Et ta-
men Jurisconsultus in hac lege de re non
curat. Decem autem nummi in singulos mo-
dios videntur convenire justæ æstimationi, 2
cùm in summa annonæ caritate quindecim
sestertiis in Sicilia æstimatum fuisse testetur
Cicero 3. *in Verr.* præsertim quia nihil im- 3
pedit, fidejussorem in minorem summam,
& in leviorem causam accipi. *dd. ll.* Itaque
curandum potius est, ut de summa à reo
principali detraheretur aliquid, quàm ad-
deretur. Quare in fidejussione non fuit dic-
tum: *pro ea pecunia mille modios tritici fide
tuâ esse jubes?* sed, *de ea pecunia*, &c. ut de-
monstretur, pecuniam excedere æstimationem
tritici, & fidejussorem potius in partem acci-
pi, quàm in majorem summam.

Præterea quoties in jure nostro *decem*, 4
centum, &c. nominantur, solet significari
decem millia HS. centum millia, &c. ut in-
terdum adjicitur. *l. illa stipulatio 67. ff. de
V. O. l. duo societatem 71. ff. pro soc.* Qua-
propter solent hæc neutro genere efferri, ut
in *l. lecta ff. de reb. cred. l. obligationum ferè
§. si ita ff. de obligat. & act. l. ait Prætor §.
per hanc ff. quæ in fraud. cred. l. Si ita stipu-
latus 126. in princ. ff. de V. O. l. liberto 21.
ff. de an. leg. l. Aurelius §. centum & §. qui-
dam. l. legavi 25. ff. de liber. leg. l. qui
testamento ff. de probat. l. talis scriptura §.
quid si fortè ff. de legat. 1. l. si cum præfini-
tione ff. quando d. leg. ced. l. Publius in princip.
ff. de cond. & demonstr. l. fidejussores Magis-*

tratum §. 1. *ff. de fidejuſ. l. ult. C. de his*
5 *quæ ſub mod.* Quando autem ſummam aliquam aureorum exprimere volunt, aut id ipſum exprimunt: *decem aureos*, *decem ſolidos*, ut *in l.* 1. §. *ſi cui ff. de extr. cogn. in l. nonnulli* 10. *ff. de accuſat.* aut id indicant aliquâ adjectione, unde cognoſci poſſit eos loqui de aureis, ut in *l. libertis* 18. *in princ. ff. de alim. leg. menſtruos decem*, *menſtruos ſeptem*, *annuos denos.* Cùm autem ſimpliciter efferuntur, de ſeſtertiis, non de aureis ſunt intelligenda, ut conſtat ex *l. liberto* 26. *ff. de bon. libert. & ex l. Si libertus* 16. *ff. de jure patron.* juncto §. *poſtea verò Inſtit. tit.*
6 *de ſucceſ. libert.* Igitur denis nummis in hac *lege* tritici modius æſtimatur, aut minùs, ſi fortè pro parte fidejuſſor interceſſit. Non tamen valet fidejuſſio: quia in aliam obligationem fidejuſſor accipi non poteſt. In aliam obligationem accipi dicitur fidejuſſor, quoties ex ſua promiſſione debiturus eſt aliquid, quod non debet reus principalis. Exempla peti poſſunt *ex l. Gracè* 8. §. *ſi quis Stichum. in fin. & ex l. ſi Stichum* 38. *ff. de fidejuſ.*

7 Nec ſine cauſa id admonere voluimus: nam hujus rei ignoratione multi errores in Jus noſtrum irrepſerunt. Non auſim dicere hâc in re deceptum fuiſſe Tribonianum, qui centenarium libertum ſtatuit eum eſſe, qui centum aureos habet in bonis, legem Papiam interpretans in §. *ſed noſtra Inſt. tit. de ſucceſſ. libert.* cùm certum ſit centenarium fuiſſe libertum, qui centum millia in bonis habebat. §. *poſtea. eod. tit. l. liberto* 26. *ff. de bon. libert. l. ſi libertus* 16. *ff. de jure patron.* Centum millia ſeſtertiûm efficiunt ſummam mille aureorum, non centum, cùm aureus contineat centum ſeſtertios, non mille. Sed dicendum eſt acciſis Imperii opibus, & privatorum facultatibus in dies decreſcentibus, à Juſtiniano ſummam fuiſſe diminutam.

8 Idem eſt error in *l. Mævia* 48. *ff. ſolut. matrim.* quem ſi Triboniano tribuere nolumus, Librariis tribuere neceſſe eſt. *Mævia marito ſuo inter alias res dotis*, *etiam inſtrumentum ſolidorum decem tradidit*, *quo Otacilius eidem Mæviæ caverat*, *daturum ſe*, *cùm nuptum ire cœpiſſet*, *decem millia.* Hìc quoque decem millia æſtimantur decem ſolidis, ſeu decem aureis, cùm contineant centum aureos. Itaque perperam adjectum eſt verbum illud, *ſolidorum*: quod fortaſsè ab aliquo imperito additum eſt, qui deceptus eſt notâ, quâ ſeſtertii deſcribuntur, quæ eſt hujuſmodi: *H. S.* Si quis hoc modo legat: *Mævia marito ſuo inter alias res dotis etiam inſtrumentum ſeſtertiorum decem tradidit*, certè conſtabit ſententia: nam ſeſtertium continet mille ſeſtertios; ac proindè decem ſeſtertia continent decem millia ſeſtertiûm. Simile eſt illud Juvenalis, *Satyr.* 4.

——— *mullum ſex millibus emit*
Æquantem ſanè paribus ſeſtertia libris.

Mullus erat ſex librarum: ſex millia ſeſtertiûm ſunt ſex ſeſtertia; itaque ſeſtertia libris æquabat. Quamvis autem à Veteribus Auctoribus ſeſtertium neutro genere non dicatur, præterquam à Poëtis, tamen in poſterioris ævi Scriptoribus id à me non ſemel obſervatum memini.

Idem eſt error in *l. Pater* 38. §. *fideicommiſit ff. de legat.* 3. *Fideicommiſit ei*, *cui duo millia legavit*, *in hæc verba*: *à te Petroni peto*, *uti ea duo millia ſolidorum reddas Collegio cujuſdam Templi.* Non dubito Scævolam ſcripſiſſe: *uti ea duo millia H. S.* Etenim Scævolæ temporibus aureus adhuc ſolidi nomen non acceperat. Floruit Scævola ſub M. Antonino, ut refert in hujus vita Capitolinus: hoc eſt, ante Alexandrum Imperatorem. Quare Paulus, qui floruit imperante Alexandro, ejuſque Conſiliarius fuit, in Scævolam notis ſcripſit, eumque ſemper appellabat Scævolam noſtrum, quia eo Auctore ac Præceptore utebatur in Jure reſpondendo, ut optimè animadvertit doctiſſimus Cujacius. *l. ſi unus* §. *ſi unus ff. de pact. l.* 6. *ff. de reb. auct. Jud. l. atqui* 19. §. 1. *ff. de negot. geſt. l. Neſennius ff. de excuſ. tutor. l. qui plures* 38. §. *ult. ff de vulgar. & pupil. ſubſt. l. quod ſi minor* §. *Scævola ff. de minor. l. qui Stichum* § *ult. ff. de jure dot.* Solidi autem videntur appellati eo tempore, quo Alexander tremiſſes cudi juſſit, ut

exiſtimat

existimat doctissimus Budæus: quia tunc dicti sunt solidi, hoc est integri aurei, cùm tremisses tertiam aurei partem continerent. Narrat hæc Lamprid. *invit. Alex.* Verba ejus, à Viro incomparabili emendata, sunt hæc: *Vectigalia publica in id contraxit, ut qui decem aureos sub Heliogabalo præstiterant, tertiam partem aurei præstarent, hoc est, tricesimam partem. Tuncque primùm tremisses aureorum formati sunt, cùm ad tertiam partem aurei vectigal desedisset: dicente Alexandro etiam quartarios futuros, quod minus non posset. Quos quidem quartarios jam formatos in moneta detinuit, expectans, ut si vectigal contrahere potuisset, & eosdem ederet: sed cùm non potuisset per publicas necessitates, conflari eos jussit, & tremisses tantum, solidosque formari.*

10 Sed vereor, ut defendi possit hæc sententia, cum etiam multò ante Alexandrum aureos appellatos fuisse solidos reperiam. In Edicto Ædilium Curulium solidi nominantur. *l. quâ vulgo* 42. *ff. de Ædilit. Edict.* In Edicto Prætoris itidem solidos nominatos reperimus. *l. si verò* 5. §. *Prætor ait ff. de his qui effud. vel dejec.* Item in Rescripto Imperatorum Severi & Antonini *l. Imperatores* 34. *ff. de jure fisc.* Quæ omnia prodierunt, & scripta sunt multò ante Alexandrum: quod à Budæo aliisque doctissimis Viris non fuisse observatum sanè mirandum est, præsertim cùm Budæus hanc sententiam confirmet etiam in *annot. ad Pand. in l. quâ vulgo ff. de. Ædil. Edict.* Neque probabile est, has leges à Triboniano emendatas fuisse. Quid enim causæ esse potuit? cùm etiam Justiniani tempore aureorum nomen esset in usu, §. *sed nostra Instit. tit. de succes. libert.* §. *item is Inst. tit. de oblig. quæ ex quasi delict.* & tot aliis in legibus aureorum nomen sit relictum, *ut in l.* 2. *ff. in jus voc. ut eant. l. penult. ff. de in jus voc. l. Si quis* 7. *in princ. ff. de jurisd. in l. Papinianus* 8. *in fin. & l. seq. ff. de inoff. testam. l. lege Corneliâ* 25. *in princ. ff. ad SC. Silanian. l. un.* §. 1. *ff. ad leg. Jul. amb. l. Si creditor* 37. §. 1. *ff. de pecul. l.* 1. §. *Si cui ff. de extraord. cognit. l. nonnulli* 10. *ff. de accusat.* & alibi. Igitur defendi potest vulgata lectio *in d. l. pater* 38. §. *fideicommisit ff. de legat.* 3. quæ defendi non posset, si probaremus communem doctissimorum Hominum sententiam, existimantium ante Alexandri tempora solidi nomen in usu non fuisse. Sed puto nihilominus legendum: *duo millia HS.*

Sunt aliæ duæ leges, quæ eâdem indigent 11 emendatione. In *l. Ofidius* 97. *ff. de legat.* 3. *Imperator interrogavit partem legatarii, querendi causâ pone (inquit) in condito centies aureorum esse, quæ in usum sumi solerent: diceres totum, quod esset in arca, relictum deberi?* In *l. tantum* 88. *ff. de verb. sign. Tantum quisque pecunia relinquit, quantum ex bonis ejus refici potest. Sic dicimus centies aureorum habere, qui tantum in prædiis, cæterisque similibus rebus habeat.* In utraque lege expungendum puto verbum, *aureorum.* Nemo nescit Veteres his adverbiis numeralibus usos fuisse ad describendam summam sestertiûm, & subintelligi, centena millia. Itaque decies, vicies, centies sestertiûm, significat *decies centena millia sestertiûm, vicies centena millia sestertiûm, centies centena millia sestertiûm.* Idem dicendum de reliquis. Etsi autem Veteres solerent addere *sestertiûm,* aut *sestertio*, tamen id aliquando omittebant. Cic. *pro Sex. Rosc. Hæc bona sexagies, emuntur duobus millibus nummûm.* Similis omninò loquendi forma ei, quâ utitur JC. in *l. tantùm* 88. *ff. de V. S.* Idem Cic. *in orat. in Verr.* de frum. *Sic per triennium ad hanc frumenti emptionem centies & tricies erogatum est.* Liv. *lib.* 8. *Potius quadragies, quam ducenties litem æstimatam.* Contrà centies aureorum apud probatos Auctores nusquam legisse me memini. Est quidem apud Martial. *lib.* 4. *epigr.* 37. versus, quo videtur defendi posse hæc dictio:

Ex insulis, fundisque tricies solidûm.

Solidus autem, & aureus idem est, ut norunt omnes. Sed aliud significat Martialis, non tricies solidum, sed solidum, hoc est integrum tricies; hoc enim adverbio utebantur, tamquam nomine. Idem Mart. *lib.* 1. *ep.* 79. *ad Calen.*

Non plenum modo vicies habebas.

Et alibi.

Dederas, Apici, bis trecenties ventri,
Sed adhuc supererat centies tibi laxum.

Cornel. Nepos *in vita Attici*: *Tantâque fuit moderatione, ut neque in sestertiûm vicies, quod à patre acceperat, parum se splendidè gesserit, neque in sestertiûm centies affluentius vixerit.* Alia exempla passim occurrent legentibus Latinos Auctores: nos hæc tria selegimus, quæ ad rem nostram visa sunt maximè accommodata.

12 Quod si quis in adductis legibus putet agi de aureis, non video, quo pacto eas possimus interpretari. Si dicas centies aureorum significare centum aureos, absurda est, & non Latina locutio. Præterea non convenit *l. Ofidius* 97. *ff. de legat.* 3. in qua Imperator magnam quamdam summam exprimere voluit, ut ostenderet consentaneum non esse eam legato contineri. At centum aurei modica summa sunt. Non convenit etiam alteri legi. Quomodo enim in prædiis cæterisque similibus rebus haberi possunt centum aurei? Exiguus agellus est, aut hortus, cujus æstimatio non excedat hanc summam. Si verò dicas centies aureorum significare centies centena millia aureorum, infinita planè summa est. Efficit enim viginti quinque milliones nostrorum scutorum. Quamobrem neque hæc summa convenit nostris legibus. Quis hanc summam in arca habet, ut in suum usum consumat, ut in *d. l. Ofidius*? Ex cujus bonis tanta pecuniæ summa refici potest, ut in *d. l. tantum*? Et ut fuerit olim aliquis, qui tantum haberet in bonis, tamen, cùm ait JC. *Sic dicimus centies aureorum habere*, &c. ostendit id non esse insolitum, nec infrequens. Denique animadversione digna sunt illa verba: *Sic dicimus centies*, &c. ex quibus constat, ibi Jurisconsultum loqui juxta communem consuetudinem. Atqui communi loquendi consuetudine non centies aureorum, sed *centies sestertiûm* aut *centies* absolutè dicebatur. Possem id sexcentis exemplis probare, sed ea trita sunt ac pervulgata, & unicuique obvia. Qui desiderat exempla Juris nostri, adeat *l. avia* 77. *§. ult. ff. de condit. & demonstr. l. cùm de in rem verso* §. 1. *ff. de usur. l. cùm hæres* 4. §. 1. *ff. de statu liber.*

Quoniam autem aliud agentes incidimus 13
in *l. cum hæres* 4. §. 1. *ff. de statu liber.* monendum est, à quibusdam ibi legi *mille*, ab aliis *decem millia*. Utraque lectio falsa est. Rectè datur libertas sub hac conditione, si decem millia dederit. Ulpian. *in fragm. tit. de statu liber.* Neque enim immodica summa est. Item rectè datur sub conditione, si mille dederit. Nam si mille aureos intelligas, mediocris summa est; si mille nummos, etiam parva. Igitur legendum est *millies*: hoc est millies centena millia sestertiûm: efficiunt autem summam 2500000. nostrorum scutorum. Hanc summam neque servus conficere potest, neque quemquam invenire, qui pro se solvat hæredi. Quamobrem vide- 14
tur adjecta conditio animo impediendæ libertatis, non dandæ: ac propterea cùm desit animus dandæ libertatis, inutile est legatum. Impediretur autem libertas, si valeret legatum, quia si ab alio manumitteretur, non fieret Civis Romanus, sed libertus Latinus. *l. un. §. sed etsi sub condit.* 7. *C. de Latin. libert. toll.* Itaque domini, ne servi sui possent umquam ad justam libertatem, & Civitatem Romanam pervenire, eos sub conditione penè impossibili, aut quæ in vita impleri non posset, manumittebant. Pompon. in *l. ult. ff. de manum. testam. Scio quosdam efficere volentes, ne servi sui umquam ad libertatem perveniant, hactenus scribere solitos: Stichus, cùm morietur, liber esto.* Obiter notanda sunt in hac lege verba illa: *ne umquam ad libertatem perveniant*; & in *l.* 4. §. 1. *ff. de statu lib. quia nec animus dandæ libertatis est.* Perveniebant quidem ad libertatem, si ab alio manumitterentur, sed quia non consequebantur jura Civium Romanorum, non dicebantur pervenire ad libertatem. Sic Callistratus in *l. cognitionum* 15
5. §. *ult. ff. de extraord. cognit.* dixit deportatis adimi libertatem: non alia certè de causa, quam quod amittunt jura Civium Romanorum, qui textus torsit, & torquet ingenia omnium Interpretum. Hoc autem obiter monuisse sufficiat.

CAPUT XXV.

Ad §. Pœna furti Inst. tit. de obligat. quæ ex delict.

SUMMARIUM.

1 *Pœna dupli in fures non manifestos desumpta ex Lege Solonis.*
2 *In duplum condemnabatur fur ex lege Solonis, si dominus rem furtivam recepisset, sin minus, in decuplum; quod si supra quadraginta drachmas furto quis abstulisset, capite puniebatur.*
3 *Nocturnum furem, deprehensum in furto, XII. Tabulæ occidi permittebant, quod ex lege Solonis desumptum erat.*
4 *Fures manifesti, si telo se defenderent, interfici poterant ex lege XII. Tabularum; servi autem, fures manifesti, è saxo præcipitari poterant & quomodo reliqui fures manifesti punirentur.*
5 *Fures manifesti, qui addicebantur ei, cui furtum fecerant, propriè servi non vocabantur, sed nexi.*
6 *Solutione ejus, quod debebant, libertatem consequebantur debitores nexi, non fures manifesti, qui in pœnam addicti erant.*
7 *Pœna addicendi fures manifestos ætate Quintiliani non erat amplius in usu.*
8 *Fures manifesti multis verberibus puniebantur apud Lacedæmonios, nulla verò pœna irrogabatur furtibus non manifestis; apud Athenienses verò, nullum discrimen erat inter manifestos, & non manifestos.*
9 *Prætor pœna furum manifestorum subrogavit quadruplum. Prætor abrogare legem non poterat.*
10 *Anno Urbis 429. sublata est lex XII. Tabularum, quâ à Judice condemnati addicebantur creditori, sed excepti sunt qui noxam meruerunt & n. 15.*
11 *Solon legem Sisachthia tulit, quâ liberabantur ab obligatione omnes debitores, & cavebatur, ne quis in posterum super corpus debitoris mutuaretur.*
12 *Eadem lex erat apud Ægyptios, apud quos, ne usura duplum sortis excederent, sancitum erat.*
13 *Apud Athenienses, si judicatus non solvisset decreto Magistratûs, pignora capiebantur, & creditor mittebatur in possessionem bonorum debitoris, quod & Romani imitati sunt; at si debitor non haberet, unde solveret, creditor ei circumscribebat locum, unde egredi non poterat, antequam solvisset; aut in carcerem conjiciebat.*
14 *Catonis tempore an inventa esset quadruplè pœna in fures manifestos. & n. 17.*
15 *Anno ab Urbe condita 259. sancitum est, ne quis Civem Romanum vinctum, aut clausum teneret, & ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret; postea verò legibus duodecim Tabularum jus nectendi debitores confirmatum est.*
16 *Etiam in Provinciis debitores addicebantur creditoribus.*

DEcemviri in XII. *Tabulis* pœnam dupli sanxerunt in fures non manifestos. 1
Transtulerunt hanc pœnam in XII. *Tabulas* ex legibus Solonis, qui, ut refert Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. *sua lege in fures, non, ut Draco antea, mortis, sed dupli pœna vindicandum existimavit.* Hermogen. in *partit sect.* 4. Νόμου κελεύοντος τὸν μὲν ἱερόσυλον τεθνάναι, τὸν δὲ κλέπτην διπλᾶ διδόναι. *Jubente lege sacrilegum interfici, furem verò duplum reddere.*
In duplum tamen fur condemnabatur, si 2
dominus rem furtivam recepisset; sin minus, in decuplum: ut testatur Demosthenes in *Timocratem.* Quod si supra quinquaginta drachmas furto quis abstulisset, capite puniebatur, teste eodem Demosthene in laudata *Oratione.* Quò referendam esse arbitror *quæst.* 16. *sect.* 29. *Prob. Aristot.*

Multò graviori pœnâ affecerunt Decem- 3
viri tum nocturnos fures, tum fures manifestos. Nocturnum furem, in furto deprehensum, occidi permiserunt, ut testatur Gell. *ibid.* Et hoc desumptum à Solonis lege, quam laudat Demosthenes in eadem *Oratione.*

Fures quoque manifestos, si telo se defen- 4
dissent, interfici permiserunt. Ex cæteris autem manifestis furibus liberos verberari, addicique jusserunt ei, cui furtum factum esset, si modò id luci fecissent, neque se telo defendissent. Servos item, furti manifesti prehensos, verberibus affici, & è saxo præcipitari; sed pueros impuberes Prætoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri. Hæc Gellius loco laudato. Et *lib.* 20. *cap.* 1. *Nisi duram esse legem putas, quæ furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit.*

Non tamen erat hæc vera servitus, nec 5
servi propriè vocabantur, sed *nexi.* Varro *de Lingua Latin. lib.* 6. *Liber, qui suas operas in servitute pro pecunia, quam debeat, dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab ære obaratus.* Erat igitur in servitute potius, quàm servus. Quintil. *lib.* 5. *Inst. orat. cap.*

10. *Aliud est servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quæstio solet. Qui servus est, si manumittatur, fit libertinus: non idem addictus.* Et *lib.* 7. *cap.* 3. *Servus cùm manumittitur, fit libertinus: addictus receptâ libertate est ingenuus. Servus invito domino libertatem non consequitur. Addictus solvendo, citra voluntatem domini consequitur. Ad servum nulla lex pertinet: addictus legem habet. Propria liberi, quæ nemo habet, nisi liber, prænomen, nomen, cognomen, tribum, habet hic addic-
6 tus.* Non poterat explicatius nobis demonstrare conditionem addictorum; & quantum differant à servis, ostendere. Illud tamen, quod de consequenda libertate per solutionem ejus, quod debetur, affirmat; tantummodo ad debitores nexos pertinere arbitror, non ad fures manifestos, qui pecuniam non debebant, sed pœnam furti corporalem; & ideò non poterant solutione pecuniæ liberari citra voluntarem domini. Nec
7 ad fures ea verba referri commodè possunt: quia ætate Quintiliani non erat amplius in usu ejusmodi pœna furti.

8 Sed unde hæc inter furta manifesta, & non manifesta, distinctio? An ab institutis Lycurgi apud Lacedæmones, qui, ut Xenophontis verbis in *Rep. Lacedæmoniorum* utar, πολλὰς πληγὰς ἐπέβαλλε τῷ ἁλισκομένῳ, *Multis verberibus plectebat eum, qui deprehensus esset*; & cùm nullam pœnam irrogaret furibus non manifestis, fures manifestos severè puniebat. Sanè apud Athenienses nullum ferè vestigium apparet hujus distinctionis inter furta manifesta, & non manifesta. Solus, quod sciam, Xenophon *lib.* 1. *memorabil.* furis manifesti meminit: Κατὰ γὰρ τοὺς νόμους, ἐάν τις φανερὸς γένηται κλέπτων, ἢ λωποδυτῶν, ἢ βαλαντιοτομῶν, ἢ τοιχωρυχῶν, ἢ ἀνδραποδιζόμενος, ἢ ἱεροσυλῶν τούτοις θάνατός ἐστιν ἡ ζημία. *Nam secundum leges, si quis fuerit fur manifestus, vel balnearius, vel saccularius, vel vecticularius, vel plagiarius, vel sacrilegus, his omnibus pœna mors est.* Atque haud scio, an nomine *furis manifesti* Xenophon intelligat eum, qui furtum confessus est, non verò, ut nostri Jurisconsulti interpretantur. Ita planè Æschines videtur explicare in *Oratione in Timarchum*: Οἱ δὲ νόμοι κελεύουσι τῶν κλεπτῶν τοὺς μὲν ὁμολογοῦντας θανάτῳ ζημιοῦσθαι, τοὺς δὲ ἀρνουμένους κρίνεσθαι. *Leges præcipiunt fures quidem confitentes capite plecti, negantes verò in judicium adduci.*

Utcumque sit, pœna illa gravissima, à 9
Decemviris in fures manifestos constituta, tempore exolevit, ejusque loco à Prætoribus subrogata est quadrupli pœna. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. de his legibus: *Sed non levis æstimator, neque aspernabilis est Populus Romanus, cui delicta quidem istæc vindicanda, pœnæ tamen hujusmodi nimis duræ esse visæ sunt. Passus est enim leges istas de tam immodico supplicio, situ atque senio emori.* Itaque non abrogavit legem Prætor, quod facere non poterat, *l.* 1. §. 1. *ff. de feriis*, sed cum ei desuetudine abrogatum esset, pœnam quadrupli introduxit.

Quo tempore in usu esse desierit pœna 10
constituta à Decemviris, quo tempore introducta à Prætoribus pœna quadrupli, non constat. Quæ conjecturâ assequi potui, breviter subjiciam. Anno Urbis 429. L. Papirio Mugillano, vel, ut alii putant, Cursore, & C. Petelio Balbo Coss. sublata est lex XII. *Tabularum*, quâ cavebatur, ut à Judice condemnati, ni debitum persolverent intra triginta dies, addicerentur creditori, & ab eo in nervo, ac compedibus haberentur, donec integrum debitum persolverent. Non tamen fuit sublata pœna furti, ab iisdem legibus constituta. Liv. *lib.* 8. *Eo anno Plebi Romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quod ligari nexi desierunt. Mutatum autem Jus ob unius fœneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem.* Et paulò post: *Jussique Consules ferre ad Populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec pœnam lueret, in compedibus, aut in nervo teneretur. Pecunia credita bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur.* Observandum est, in hac lege excipi eos, qui noxam meruerunt. Quoad corpora debitorum, ne creditoribus obnoxia essent, confirmarunt Imperatores Diocletianus, &

Maximianus in *l. ob æs C. de obligat. & action.*

11 Hoc idem, cum usurparetur à Græcis, vetitum fuit à Solone, qui legem Sisachthiæ tulit, quâ & omnes, qui ante id tempus debita contraxerant, ab obligatione liberavit, cavitque in posterum, ne quisquam super corpus debitoris mutuaretur, ut testantur Plutarchus *in Solone*, & in *op. de vitan. ære alien.* & Diod. Sicul. *lib.* 1. qui etiam addit,

12 hoc interdictum pariter fuisse apud Ægyptios, apud quos etiam lege cautum erat, ne usuræ supra duplum sortis possent ascendere.

13 Apud Athenienses si judicatus non solvisset, decreto Magistratûs pignora capiebantur, & mittebatur creditor in possessionem bonorum debitoris, ut refert Ulpian. & Demosthen. *in oration. in Midiam.* quod Romani postea imitati sunt. At si non haberet, unde solveret, creditor ei circumscribebat locum, unde egredi non poterat, antequam solvisset, ut refert Hesych. in voce περίγεγρον, vel in carcerem conjiciebat, & in compedibus habebat, teste eodem in voce ἰσκαλοσκελοῖς.

14 Ut ad furta, unde discessimus, revertamur, potest ad pœnam furti manifesti referri illud Catonis apud Gell. *lib.* 11. *cap. ult.* *Fures privatorum furtorum in nervo, atque in compedibus ætatem agunt: fures publici in auro, atque in purpura.* Unde quis conjecturam capere posset, Catonis tempore nondum inventam quadrupli pœnam, nec sublatam pœnam addictionis.

Nihil tamen ausim certò statuere, quia ea verba referri etiam commodè possunt ad jus nectendi debitores. Simile est, quod Plautus in *Pœnulo act.* 1. *sc.* 1. ait:

> *Dupli tibi auri, & hominis fur leno fiet;*
> *Neque id unde efficiat, habet: ubi in jus venerit,*
> *Addicet Prætor familiam totam tibi.*

Et *scen. ult.*

> *Quin egomet tibi me addico. Quid Prætore opus est?*
> *Verum obsecro te, ut liceat simplum solvere.*

Idem in *Aulul.*

> *At ego Deos credo voluisse, ut apud te me in nervo enecem.*

Si legamus *apud me te in nervo enecem*, expedita erit sententia: putabat enim senex, illum sibi ollam auri abstulisse.

Jus nectendi debitores apud Romanos antiquissimum, & licet multis legibus atque edictis fuisset pluries interdictum, numquam tamen florente Rep. potuit exterminari. 15
Ante latas XII. *Tabularum* leges, anno ab Urbe condita 259. Appio Claudio, & P. Servilio Coss. quidam magno natu, qui nexus crudeliter habebatur, cùm prorupisset in forum, & magnas turbas excitasset, nexu vincti solutique se undique in publicum proripuerunt, implorantes Quiritium fidem. Itaque Servilius Cos. edixit, ne quis Civem Romanum vinctum, aut clausum teneret, quò minus ei nominis edendi apud Coss. potestas fieret: & ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret, liberos, nepotesque ejus moraretur. Liv. *lib.* 2. Postea confirmatum est hoc jus nectendi debitores legibus XII. *Tabularum*, ac certa forma præscripta, ut refert Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Nec quisquam ausus est eam revocare, licet hac de causa turbulentissimæ tempestates extiterint in Rep. de quibus Liv. *lib.* 6. & passim. Ipse Licinius Stolo turbulentissimus Tribunus Pleb. qui levandæ Plebis gratiâ inter Patres, ac Plebem implacabiles discordias concitavit, hoc jus Populo auferre ausus non est. Tandem anno 428. ut suprà dictum est, jus hoc sublatum est lege à Consulibus latâ. Sed hæc lex non fuit observata, ut testatur Quintilianus. Imò cum iterum C. Popilio rogante sublatum fuisset, tamen necti debitores non desierunt. Varr. *de Ling. Lat. lib.* 6. *Hoc C. Popilio rogante, Syllâ Dictatore, sublatum, ne fieret, & omnes qui bonam copiam jurarent ne essent nexi, dissoluti.* Quæ verba *sublatum ne fieret*, ostendunt non solum lege solutos fuisse, qui jam nexi erant, sed vetitum ne in posterum necterentur, sicut priori lege cautum erat. Sed urgente avaritiâ non potuit hoc à Patribus extundi, & neutra lex fuit observata. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. *Addici namque nunc, & vinciri multos videmus, quia vinculorum pœnam deterrimi homines contemnunt.* Terent. *in Phorm. act.* 4. *sc.* 4.

Cùm argentum repetent, nostra causa scilicet
In nervum potius ibunt.

Quem locum non rectè Donatus interpretatur. Plaut. in *Menachm. act. 1. sc. 1.*

Nam ego ad Menachmum nunc eo, cui jam diu
Sum judicatus, ultrò eo, ut me vinciat.

Idem in *Curcul. scen. ult.*

——— quia ego ex te faciam pilum catapultarium
Atque ita te nervo torquebo, itidem uti catapulta solent.
Delicatum te hodie faciam, cum catello ut accubes
Ferreo ego dico.

Leno autem infrà meritò queritur:

——— Proh Deûm atque hominum fidem!
Hoccine pacto indemnatum, atque intestatum me abripi!

Et rursus:

Tu autem in nervo jam jacebis, nisi mihi argentum redditur.

Et paulò post:

Ego in nervum, haud ad Pretorem, hinc rapiam, ni argentum refers.

Alia ad hanc rem Plauti testimonia suprà attuli. Est & illud Nævii, quod inter genera ridiculi valdè laudat Cic. *lib. 2. de orat.*

Quanti addictus? mille nummûm. Nihil addo, ducas licet.

Verba M. Tullii sunt hæc: *Ut apud Nævium videtur esse misericors ille, qui judicatum duci videns percunctatur ita:*

Quanti addictus? mille nummûm.

Si addidisset tantummodo, ducas licet, esset illud genus ridiculi prater expectationem: sed quia addidit nihil addo; ducas licet; addito ambiguo altero genere ridiculi, fuit, ut mihi quidem videtur, salsissimus. Fuit autem hoc præter expectationem, quia qui occurrebat addicto, qui ducebatur, ideò solebat interrogare creditorem, quanti addictus esset, ut eum solvendo debitum liberaret. Liv. *lib. 6.* de M. Manlio, occurrente Centurioni, qui ducebatur: *Inde rem creditori palam populo solvit; librâque, & are libertatum emittit.* D. Liv. de eodem M. Manlio: *Homines propè quadringentos produxisse dicitur, quibus sine fœnore expensas pecunias tulisset, quorum bona venire, quos duci addictos prohibuisset.*

16 Nec solum Romæ, sed etiam in Provinciis addicebantur debitores creditoribus suis, quia, ut puto, Præsides vel hoc edicto comprehendebant; vel morem & consuetudinem Urbis Romæ hac in re observabant. Cic. in *Orat. pro L. Flacco*: *Itaque recuperatores contra istam rem minimè dubiam primâ actione judicaverunt. Cùm judicatum non faceret, addictus Hermippo, & ab hoc ductus est.* Accidit hoc in Asia. Id. in *L. Pison. Nonne cùm ducenta talenta tibi Apolloniata Roma dedissent, ne pecunias creditas solverent, ultrò Fusidium Equitem Romanum hominem ornatissimum creditorem debitoribus suis addixisti?*

17 Ex his constat verba Catonis etiam de debitoribus ex causa furti posse intelligi, qui non ob pœnam furti, sed quia non solverent id, ad quod solvendum fuerant condemnati, addicti forent, & in nervo, ac compedibus haberentur. Rectius tamen de pœna furti videntur esse intelligenda. Neque enim cuiquam dura videri potest hæc pœna, si perpendat, iisdem vinculis fuisse vinctos debitores, nullius delicti reos. Sanè Cato ibi atrocitatem pœnæ in privatos fures exaggerat, ac propterea de pœna furti id interpretari consentaneum est.

CAPUT XXVI.

Ad §. Conceptum Instit. tit. de obligat. qua ex delict. nasc.

SUMMARIUM.

1 *Furtum conceptum dicebatur, quasi simul captum, seu comprehensum, nam illud est, quod apud aliquem invenitur. n. 2.*
3 *Furti concepti pœna gravissima erat; postea mitigata fuit, & tripli pœna constituta.*
4 *Concipi furta per lancem & licium quid esset. Hic mos à Græcis deductus est.*
5 *Nudi furta conquirebant, ne quid clam inferrent,*

licio cingebantur virginum causâ, ut partes pudendas tegerent, & hic mos observabatur à Sacerdotibus, maximè in Lupercalibus.

6 *Lictores à licio, an à ligando dicti sint?*

7 *Licium erat pannus ad velandam partem corporis.*

8 *Lance quare uterentur quærentes furta.*

9 *Servi fugitivi quomodo conquirerentur, & quid esset indicium?*

10 *Lege Æbutiâ sublatus est antiquus mos concipiendi furta.*

DE furto concepto est inter doctissimos Homines magna dissensio. Literator ille, Jurisque, quod profitebatur, non satis peritus apud Gellium *lib.* 16. *cap.* 10. ait furtorum quæstiones cum lance, & licio evanuisse. Nec ipse Gellius, harum rerum non indiligens, cujusmodi esset furtum, per lancem, & licium conceptum, nobis aperuit, sed ad Sabini librum de furtis nos ablegavit *lib.* 11. *cap.* 18. *Sed quod sit oblatum, quod conceptum, & pleraque alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus accepta, neque inutilia cognitu, neque injucunda, qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis.* Quid esset furtum conceptum: quæ ejus pœna: quando in usu esse desierit, conabor explicare.

1 Furtum conceptum dicebatur, quasi simul captum, seu comprehensum. Sunt enim ferè ejusdem significationis concipere, & comprehendere. Cic. *lib.* 2. *de finib. Concipere, & comprehendere animo voluptatem.* Et de Natur. Deor. *Concipiens, & comprehendens natura.* Ovid. *lib.* 1. *Metamorph.*

Sed timuit, ne fortè sacer tot ab ignibus æther
Conciperet flammas, totusque ardesceret axis.

Hoc enim à verbo *capio*: illud à verbo *prehendo* compositum est.

2 Furtum igitur conceptum, est furtum comprehensum, seu inventum, & captum apud aliquem. Vetus Glossar. *Conceptum furtum dicitur, cùm quis præsentibus testibus rem furtivam invenit apud aliquem.* Caïus *lib.* 2. *Instit. Conceptum furtum dicitur, cùm apud aliquem alterum res furtiva inveniatur.* Paul. *lib.* 2. *sentent. cap.* 31. *Concepti actione is tenetur, apud quem furtum quæsitum, & inventum est.* Secundùm hæc Justinianus in §. *conceptum Inst. tit. de oblig. quæ ex delict. nasc. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita, & inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti.*

Modus investigandi, & concipiendi furta constitutus à legibus XII. *Tabularum*: à qui- 3
bus etiam gravissimâ pœnâ coërcebantur furta concepta. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. *Ea quoque furta, quæ per lancem, liciumque concepta essent, perindè ac si manifesta forent, vindicaverunt. Sed nunc à lege illa Decemvirali discessum est.* Gravissima autem pœna constituta erat legibus *duodecim Tabularum* in fures manifestos. Gell. *ibid. Ex cæteris autem manifestis furibus liberos verberari, addicique jusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luce fecissent, neque se telo defendissent: servos item furti manifesti prehensos verberibus affici, & è saxo præcipitari; sed pueros impuberes Prætoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri.* Si eadem erat furti, per lancem, & licium concepti pœna, ut testatur Gellius, næ pœna gravissima erat. Quamobrem fuit mitigata nimia severitas posterioribus legibus, & tripli pœna constituta. Gell. *ibid. Furti concepti, item oblati, tripli pœna est.*

Concipiebantur autem hæc furta per lan- 4
cem, & licium. Quid hoc esset, disputant acriter Viri in primis eruditi. Id nos paulò diligentius, ac perquisitius exponemus. Enimverò faciem nobis præfert Festus in verbo *lance*, ibi: *Lance, & licio dicebatur apud Antiquos, quia qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamilias, aut virginum præsentiam.* Decemviri, ut pleraque omnia, sic ejusmodi morem quærendi, & investigandi furta à Græcis transtulerunt, & legibus *duodecim Tabularum* sanxerunt. Aristophan. in *Nubib.*

Σω. Ἴθι νυν, κατάθου θοἰμάτιον. ΣΤΡ. Ἠδίκηκά τι;
Σω. Οὐκ', ἀλλὰ γυμνοὺς εἰσιέναι νομίζεται.
ΣΤΡ. Ἀλλ' οὐχὶ φωράσων ἔγωγ' εἰσέρχομαι.

So. *Age nunc, depone vestes. STR. Quid deliqui?*

So. *Non, sed nudos introire oportet.*

Str. *Atqui non furtum concepturus ingredior.*

Explicatè tem totam exponit ibi Scholiastes his verbis: Ἔθος ἦν τοὺς εἰσιόντας εἰς οἰκίαν πρὸς τὸ ἐρευνῆσαι, γυμνοὺς εἰσιέναι, ἵνα μὴ ὑπὸ τὰ ἱμάτια κρύψαντες λάθωσι, ἢ ἵνα μὴ ὑπὸ ἔχθρας λάθωσιν ὑποβαλόντες τὸ ζητούμενον, καὶ ζημίας αἴτιοι τούτῳ γένωνται. Οἱ οὖν μέλλοντες εἰσιέναι, ἵνα ἐπιδιάσωνται χρήματα τοῦ δημοσίου, ἢ κατεφωρᾶν, γυμνοὶ εἰσῄεσαν, ἵνα μή τι ἀποκρύψωνται. *Mos erat, ingredientes alicujus domum ad pervestigandum, nudos introire, ne sub vestibus aliquid occulentes laterent: vel ne propter inimicitiam occultò subjicientes id quod quærebant, causa essent, cur ille in pœnam incurreret. Itaque ingressuri, vel ut publicas res inspicerent, vel ut furta perquirerent, nudi introibant, ne quid occultarent.* Quod ad consuetudinem refert hic Scholiastes, legi tribuit Isæus *de Philoctemonis hereditate*: Λεγόντων δ' ἐκείνων, ὅτι οὗτοι ἐξεκομισθέντες εἶεν εἰς τὴν πλησίαν οἰκίαν, καὶ ἀξιούντων παραχρῆμα τῶνδε φωρᾶν κατὰ τὸν νόμον. *Dicentibus verò illis, quod in vicinam domum se receperant, & volentibus statim his concipere secundum legem.* Plato quoque id in suas leges transtulit. Sanxit enim libro XII. φωρᾶν δ' ἂν ἐθέλῃ τίς τι παρ' ὁτῳοῦν, γυμνὸς, ἢ χιτωνίσκον ἔχων, ἄζωστος, προομόσας τοὺς νομίμους θεοὺς, ἦ μὴν ἐλπίζειν εὑρήσειν, οὕτω φωρᾶν. Ἐὰν δέ τις ἐρευνᾶν βουλομένῳ φωρᾶν μὴ διδῷ, δικάζεσθαι τὸν ἀπειργόμενον τιμησάμενον τὸ ἐρευνώμενον. ἂν δέ τις ὄφλῃ, τὴν διπλασίαν τοῦ τιμηθέντος βλάβην ἐκτίνειν. *Si quis furta concipere apud quemlibet voluerit, nudus, aut tunicam solum habens, & discinctus, & jurans per patrios Deos se ad id faciendum adduci spe inveniendi, ea concipiat. Si verò quisquam inquirere volenti furtum concipere non permittat, per Judicem condemnetur ad persolvendum id, quod quærebatur. Et, si non solvat, in duplum condemnationis teneatur.*

5 Origo igitur hujus instituti à Græcis. Nudi furta conquirebant, ne quid occultè ii ferrent, ac supponerent. Licio cincti erant ad tegendas partes pudendas, virginum, & matronarum caussâ. Consuetudo etiam in sacris usurpata apud Romanos. Virgil. 8. Æneid.

Jamque Sacerdotes, primusque Potitius ibant

Pellibus in morem cincti, flammasque ferebant.

Maximè in Lupercalibus, in quibus Luperci per Urbem discurrebant nudi, succinctique, & puellas occurrentes pelliculis verberantes. Plutarchus *de Lupercis*: Γυμνοὶ διαθέοντες ἐν περιζώμασι. *Nudi discurrentes, cum subligaculis.* Ovid. 5. *Fastor.*

Semicaper coleris cinctutis, Faune, Lupercis.

Stat. *lib.* 5. *Sylvar.*

Verbera succincti formidavere Luperci.

Hinc Lictores à licio transverso, quo cinge- 6
bantur, dictos fuisse putavit Tiro Tullius apud Gellium, & Isidorus. Cinctus enim erat signum ministrantis. Sueton. *in Caio*: *Caius quosdam summis honoribus functos cananti modo ad pluteum, modo ad pedes stare succinctos linteo passus est.* Horat. *lib.* 2. *serm.* 8.

——— *Puer altè cinctus acernam*

Gausape purpureo mensam tersit ———

Quare Dominus Jesus in postrema, quam habuit cum discipulis suis cœna, ministraturus ipsis posuit vestimenta sua, & linteo præcinxit se. Verius tamen fortassè est, Lictores dictos fuisse à ligando, ut Nonius
Marcellus affirmat. Licium autem erat pannus 7
ad velandam, & circumligandam partem corporis aptus. Varro: *Flamines, quod licio in apice velati erant.* Virg. Eclog. 8.

Terna tibi hæc primùm triplici diversa colore

Licia circumdo ——— ———

Eadem de causa lancem oculis investigatoris objiciebant ad tuendam honestatem fœminarum, quæ hac ratione poterant ejus as-
pectum declinare. Simile quiddam nos usur- 8
pamus: nam è fronte mulorum lancem suspendimus, ne libero obtutu omnia, quæ obviam incurrunt, circumspicientes perterrefiant & consternentur.

Enimverò alia fuit ratio conquirendi ser-
vos fugitivos. Solebant enim vel libello pro- 9

posito,

posito, vel per Præconem indicium promittere., hoc est, præmium indicanti servum, aut conquisitores à Prætore petere, & accipere. De hoc indicio fit mentio *in l. 4. §. ult. ff. de condict. ob turp. caus.* Plautus in *Mercatore.*

Certum est, Præconum jam quantum est conducier,
Qui illam investigent, qui inveniant. Post ad Pretorem illicò

Ibo: orabo, ut conquisitores det mihi in vicis omnibus Cur. Fortunatian. *lib. 1. Rhetoric. Cujus servus fugerat, libello proposito, vel per Præconem nuncians dixit, daturum se denarios mille ei, qui ad se servum perduxisset.* Petron. Arbit. *Dum Eumolpus cum Bargate in secreto loquitur, intrat stabulum Præco cum servo publico, aliaque sane modica frequentia, facemque fumosam magis, quam lucidam quassans, hæc proclamavit: Puer in balneo paulò antè aberravit, annorum circa sedecim., crispus, mollis, formosus, nomine Gnython. Si quis eum reddere, aut commonstrare voluerit, accipiet nummos mille. Nec longe à Præcone Ascyltos stabat, amictus discoloriâ veste, atque in lance argentea indicium, & fidem præferebat.* & paulò infrà: *Interim Ascyltos, ut pererravit omnes cum Viatore cellas, venit ad meam, & hoc quidem pleniorem spem concepit, quo diligentius oppessulatas invenit fores. Publicus vero servus insertans commissuris secures, claustrorum firmitatem laxavit.* Hæc quæ de veste discoloria, & lance argentea tradit Auctor, meo judicio ad lancem, & licium referri non possunt, cùm eo tempore non esset amplius in usu modus ille concipiendi furta. Sunt igitur ea omnia referenda ad perquisitionem servorum fugitivorum, de qua in *l. 3. & toto tit. ff. de fugitivis, & toto tit. C. de fugit.* & de illis, qui servos alienos occultant, *in l. non statim 6. ff. ad leg. Fab. in l. 1. ff. de fugit. in l. Neratius 11. §. ult. ff. de serv. corrup. in l. si mandavero 12. §. fugitivus ff. mand. l. 3. §. si quis C. de SC Syllan.* Apul. lib. 6. *Tunc etiam legibus, quæ servos alienos profugos invitis dominis vetant suscipi, prohibeor.* Et paulò post nobis suppeditat simile exemplum Mercurii, perquirentis Psychen ancillam Veneris fugitivam, & indicium pollicentis.

Quod attinet ad tempus, quo in usu esse 10
desiit hæc ratio investigandi ac perquirendi furta, nihil certò statui potest. Vero simile est, lege Æbutiâ sublatum fuisse hunc modum concipiendi furta, constitutumque, ut testibus præsentibus res furtivæ conquirerentur. Indicat hoc Gell. *lib. 16. cap. 10. Sed enim cum proletarii, & assidui, & sanates, & vades, & subvades, & viginti quinque asses, & taliones, furtorumque quæstiones cum lance, & licio evanuerint, omnisque illa XII. Tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus Centumviralium causarum lege Æbutiâ latâ consopita sit.* Testatur Ludovicus Charondas se in fragmento quodam Romanæ antiquitatis hæc verba reperisse: *Æbutius, Tribunus Plebis, vir popularis, legem tulit ad Populum, ut duodecim Tabularum capita, quæ inutilia essent Reip. tollerentur: quæ lex multis contradicentibus tandem rogata est.* Inter capita inutilia legis XII. Tab. fuisse videtur illud, quo statuebatur de furto per lancem liciumque concepto. Certè Plauti ætate in usu fuisse non videtur. Cùm enim in *Pœnulo* Milphio servus, & Agorastocles dominus lenoni insidias struxissent, ut is addiceretur Agorastocli, & domum lenonis Agorastocles iret, quæsitum villicum suum, qui apud lenonem cum marsupio auri delitescebat, non est usus lance, & licio, sed testes advocavit, quibus præsentibus villicum comprehendit, nec lenonem sibi addici curavit, tamquam reum furti concepti, sed tamquam debitorem, quod solvendo non esset. Versus quibus hæc indicantur, subjiciam *Act. 1. scen. 1.* ubi servus dominum instruit:

Rogato, servus veneritne ad eum tuus:
Ille me censebit quæri: continuo tibi
Negabit. Quid tu dubitas quin extempulo
Dupli tibi auri, & hominis fur leno fiet?
Neque id unde efficiat habet: ubi in jus venerit.
Addicet Prætor familiam totam tibi.
Ita decipiemus fovea lenonem Lycum.

Et *act.* 3. *scen.* 1.

Ille negabit, Milphionem quari censebit tuum.

Id duplicabit omne furtum: Leno addicetur tibi.

Et scen. ultim.

Agor. *Imo haud multò post in jus veneris*

Lyc. *Quin egomet tibi me addico: quid Pratore opus est?*

Verum obsecro te, ut liceat simplum solvere.

Ex quibus constat, ea ætate nondum fuisse constitutam tripli pœnam, quæ fortassè postea à Prætore constituta est, sicut pœna quadrupli in fures manifestos.

CAPUT XXVII.

Ad L. qui vas argenteum ff. de furt.

SUMMARIUM.

1 *Dominus, qui rem suam propriâ autoritate aufert à possessore, rem ipsam amittit. & n. 11.*

2 *Nemo sibi ipsi jus dicere debet, aut propriâ autoritate res occupare.*

3 *Legatarius non potest occupare legatum, sed ab harede illud petere debet.*

4 *A fure fugitivo licet propriâ autoritate rem auferre, quod observatur & in Decuriones fugientes.*

5 *Id etiam, quod actione & judicio consequimur, auferri dicitur.*

6 *Actione furti solam pœnam persequimur, non rem ipsam. & n. 8.*

7 *Res furtiva repetitur condictione furtivâ, & rei vindicatione.*

9 *In actione vi bonorum raptorum res rapta continetur.*

10 *Judex debet condemnare reum juxta naturam actionis.*

11 *Actor, qui rem suam furi abstulit, eam amittit.*

12 *Si dominus rem furto sibi sublatam à fure auferat post litem contestatam, alio judicio fur eam repetere debet.*

QUi *vas argenteum perdiderat, eoque nomine furti egerat, de pondere vasis controversia cùm esset, & actor majus fuisse diceret, fur vas protulit: id is, cujus erat, abstulit ei, qui subripuerat, dupli nihilominus condemnatus est. Rectissimè judicatum est: nam in actionem pœnalem non venit ipsa res, quæ subrepta est, sive manifesti furi, sive nec manifesti agatur.* Interpretes nostri in hujus legis explicatione impingunt in scopulum, quem non sine periculo naufragii prætervehuntur. Dominus enim, qui rem 1
suam propriâ autoritate aufert à possessore, rem ipsam amittit. §. *ita tamen Inst. tit. de vi bon. rapt.* §. *recuperandæ Instit. tit. de interd. l. si quis in tantam C. unde vi.* Nemo 2
enim sibi ipsi jus dicere debet aut propriâ autoritate res occupare. *l. meminerint* 6. *C. unde vi. l. negantes C. de oblig. & act. l. un. C. ne quis in sua causa l. qui jurisdictioni* 10. *ff. de jurisd. l. Julianus* 17. *ff. de judic.* Adeò ut nec legatarius possit occupare le- 3
gatum, sed ab hærede illud petere debeat. *l.* 1. §. *& continet. versic. etenim ff. quod legat. l. non dubium C. de legat.* Qui fit igitur, ut fur in duplum condemnari debeat domino, qui rem abstulit propriâ autoritate, si dominus rem illam amittere debet?

Quidam fingunt, ibi agi de fure fugiente 4
à quo licet propriâ autoritate rem auferre. *l. ait Prætor.* 10. §. *si debitorem ff. quæ in fraud. credit.* Urget enim necessitas rei nostræ servandæ adversus fugientes, nam si fugâ semel evaserint, frustrà Magistratûs auxilium implorabimus. arg. *text. in l. ult. C. in quib. caus. restit. in integ. necess. l.* 1. *C. quando liceat unicuique.* Quod jus & in Decuriones fugientes exercetur. *l. generali* 54. *C. de Decurion. l.* 1. *C. ubi quis de curial. vel cohort.* hæc autem facultas injiciendi manus in debitores fugientes innixa est legibus XII. *Tabul.* quibus cavebatur: *si calvitur pedemve struit, manum endo jacito.*

Sed huic interpretationi non possum acquiescere. Nam repugnat narrationi facti. Fur vas protulit in judicio, non cum vase aufugit.

Alii existimant, dominum abstulisse rem 5
suam non propriâ autoritate, sed modis legitimis, nempè judicio, quasi Judex vas prolatum domino reddi jusserit. Nam & id, quod actione, & judicio consequimur, *auferri* dicitur. *l. duobus* 85. *ff. de legat.* 1. *l.*

si pro re 22. §. *ult. ff. de evictiou. l. chirographis* §. *ult. ff. de administr. tutor. l. creditor. in princ. & l. si prior.* §. *si simpliciter ff. qui potior. in pignor. l. venditor* 21. *in fin. ff. de hered. vel action. vendit. l. cum filius* 76. *in princ. ff. de leg.* 2.

6 Sed durissima est hæc interpretatio. Primùm enim JC. non ait furem condemnatum fuisse ad rem restituendam, & ad duplum rei, sed solum ait dupli condemnatum fuisse. Præterea non poterat Judex condemnare furem ad rem restituendam, quia apud eum furti actum erat, & actio furti solam pœnam persequitur, non rem ipsam. §. *furti actio Instit. tit. de obligat. quæ ex delict.* §. *sic itaque discretis Inst. tit. de action. l. si pignore*

7 54. §. *cum furti ff. de furt.* Ad repetendam enim rem competit rei vindicatio, & condictio furtiva. *d.* §. *furti actio, & d.* §. *sic itaque l. ancilla* 12. *cum seq. C. de furt. l. si pro fure* 7. *in fin. cum l. seq. ff. de cond. furt.* Denique quorsùm narratur à JC. vas à fure prolatum fuisse in judicio, & à domino ablatum, nisi ut intelligatur, dominum rem suam arripuisse, & de manibus furis extorsisse? Certè tota illa narratio esset supervacanea, si fur à Judice condemnatus vas restituisset domino.

8 Ego, ut dicam quod sentio, non intelligo, cur in hac lege interpretanda D. D. nostri tantoperè se torqueant: cùm clara sit ejus sententia. Primùm enim ibi non quæritur, an dominus auferens rem suam à fure, eam amittat: neque enim hac de re actum erat in judicio: nec agi potuerat, quia hoc post inchoatum judicium supervenit. *l. non quemadmodum ff. de judic. l. non potest videri ff. eod. l. bovem* §. *si sub conditione ff. de Ædil. Edict.* Igitur quæstio ejus legis non est de amissione rei, propriâ autoritate occupatæ: sed de actione furti, quâ actum erat in judicio, & de condemnatione Judicis, qui furem dupli condemnavit. Quærebatur autem, an rectè furem dupli condemnasset, etiamsi dominus pendente judicio rem suam recuperasset. Et respondit JC. rectè condemnatum fuisse, quia in actionem furti, quæ tota pœnalis est, non venit res subrepta. Itaque sive jure, sive injuriâ rem suam furi dominus abstulerit: & sive eam amittat, sive jure possit retinere: hoc nihil attinet ad actionem furti, in qua de re ipsa non quæritur, nec quæri potest, quia in actione pœnali res subrepta non continetur. *d.* §. *furti actio Instit. tit. de obligat. quæ ex delicto.* cum aliis suprà laudatis.

Si actum fuisset actione vi bonorum raptorum in quadruplum, & dominus à raptore 9
rem abstulisset, tunc minuenda fuisset à Judice condemnatio, quia in quadruplo hujus actionis ipsa res continetur: *princ. tit. Inst. vi bonor. rapt. l.* 1. §. *in hac actione ff. eod.* cum actio vi bonorum raptorum mixta sit, & partim pœnam, partim rem ipsam persequatur. §. *vi autem bonorum Inst. tit. de action.* Ac propterea non deberet Judex reum condemnare ad restituendam rem domino, qui eam recuperavit. At in actione furti, quæ merè pœnalis est, non potest Judex habere rationem rei, quæ petita non fuit, cum in actione illa, quâ actum est, minimè contineatur. Debet enim reum condemnare 10
juxta naturam actionis, quæ fuit intentata. §. 1. *& seqq. Instit. tit. de offic. Judic.*

At enim actor, qui rem suam furi abstu- 11
lit, eam amittit. *l. si quis in tantam C. unde vi.* §. *recuperandæ Instit. tit. de interd.* §. *ita tamen Instit. tit. vi bonorum rapt.*

Utcumque sit, certè hac de re agendum 12
est alio judicio, & novâ interpellatione, novo judicio opus est. *l. Antæus* §. *ult. ff. de aqua, & aquæ pluv. arc. l. non potest videri* 25. *ff. de judic. l. de his rebus* 46. *ff. de recept. arbit. l. tigni* 7. §. *ult. ff. ad exhib. l. litis contestatæ* 37. *in princ. ff. de negot. gest.* Itaque rectè judicavit Judex, qui nullam rationem habuit ejus quod post litem contestatam supervenit, & quod in libello petitum non erit, nec conveniebat actioni, quâ apud eum actum erat. An enim sententiam diceret, non convenientem actioni intentatæ? An sententiam discrepantem à libello, & petitione actoris? An sententiam diceret de eo, quod in judicium deductum non est? sunt hæc absurda, & aliena ab officio, & potestate Judicis. *l. ut fundus* 18. *ff. commun. divid.*

Itaque si fur rem sibi ablatam restituendam esse contendat, ad eam recuperandam aget, & alio judicio jus suum experietur. Disputabitur autem in eo judicio, an dominus auferendo rem suam, quam fur à domino clam possidebat, incidat in pœnam amissionis per *text. in l. si alius 7. §. bellissimè, & in l. ult. §. si januam ff. quod vi aut clam.* Quæ disputatio, cùm omninò sit aliena à judicio furti, in eo peragi non potuit.

Ac si peragi potuisset, & hac de re Judex furti cognoscere potuisset, tamen cum hæc ad actionem furti non pertineat, sed ad aliam actionem, rectè Judex furem dupli condemnasset, ut ait ibi JC. etiamsi vicissim deberet condemnare reum ad vas ablatum restituendum. Cum enim actio furti pœnalis vas illud non contineat, duæ condemnationes essent necessariæ: altera furis in duplum: altera domini actoris in restitutionem vasis ablati. Sed, ut dixi, hæc restitutio vasis ablati ad cognitionem hujus Judicis non pertinet: hìc enim de furto cognoscere debet, quod solummodo in judicium deductum est: restitutio autem vasis pendet à facto, omninò separato à facto furti, quod in hoc judicium deductum non est.

CAPUT XXVIII.

Ad l. 3. §. si rem ff. de acquir. vel amitt. possess.

SUMMARIUM.

1 *Possessio acquiritur solo animo sine apprehensione; quin & dominium; cur non & furto adimatur.*
2 *Multum interest volente, an invito domino quis possessionem acquirat.*
3 *In furto non sufficit consilium, sed factum requiritur, & ipsa contrectatio. & n. 10.*
4 *Opponuntur variæ Leges & cum his quoque Gellii & Plauti loca.*
5 *Ficta contrectatio in furto non admittitur.*
6 *Nec inficiatione furtum fit.*
7 *Exponitur singulatim* l. 1 ff. de Furt.
8 *Vis & significatio verbi* occultare; *ut &* abnegare.
9 *Explicatur* l. si quis uxori §. neque verbo ff. de Furt.
11 *Item* l. inficiando, in princ. ff. eod.
12 Dactyliothecæ *significatio minus nota ex Plinio.*
13 *Porro demonstratur auctoritate Veterum contrectationem desiderari, etiamsi res sit in nostra potestate. & n. 18.*
14 *Detentio conjuncta animo furandi non est species contrectationis.*
15 *Exponitur* l. certi condictio 9. *cum* l. seq. ff. de Reb. cred. *& de thesauro adde n. 17.*
16 *Non sufficit contrectatio in furto, sed eò amplius debet esse fraudulosa; præterea in ipso contrectandi actu fraus adesse debet, nec sufficit eum postea supervenire.*
19 *Solvuntur leges obstantes. ut* l. si rem mobilem 47. ff. de acquir. possess. *Differentia inter res mobiles & immobiles, quoad acquirendam possessionem.*
20 Rem invadere *quid significet, occasione* d. l. 47. de acquir. possess.
21 *Responsi ad* l. si quis rem 20. ff. eod.
22 *Furti essentia in contrectatione consistit, non in possessionis interversione. Ergò & hæreditati furtum fit, & alterius rei, cujus nullus est possessor.*
23 *Respondetur ad* l. si alienum C. de Furt. *ubi de servi & animalium contrectatione.*
24 *Item ad* l. si quis uxori. §. cum creditorem ff. de Furt. Celare *est amovere, adeoque & contrectare.*
25 *Porro ad* l falsus §. si is qui debitum ff. de Furt. *in qua contrectatio velut longa manûs.*
26 *Necnon ad* l. si is qui rem 66. §. cum qui ff. de Furt.
27 *Sicut etiam ad exemplum fugitivi.*
28 *Denique respondetur ad auctoritates Gellii & Plauti.*

HAnc legem subtiliter, & copiosè, ut solet, & præter communem opinionem exposuit Juris consultissimus Chesius; adeo ut videri possit actum agere, qui in ea explicanda amplius elaboret. Sed quia tam acutas interpretationes plerique non concoquunt: idcircò à nobis explicabitur pinguiore Minervâ.

Si rem apud te depositam furti faciendi causâ contrectaveris, desino possidere: sed si eam loco non moveris, & inficiandi animum habeas; plerique Veterum, & Sabinus & Cassius rectè responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittitur.

Videtur regulis Juris maximè repugnare 1
hoc Pauli responsum. Etenim possessio acquiritur etiam sine apprehensione rei, ejusve contrectatione, aut loco motione, quando res est in potestate ejus, qui vult adipisci.

possessionem: & quod magis est, acquiritur etiam dominium. *l. 1. §. si jusserim l. quod meo* 18. *§. si venditorem l. quarumdam ff. de acquir. poss. l. si fur.* 32. *in princ. ff. de usuc. l. certi condictio* 9. *in fin. ff. de reb. cred. l. qui negotia* 34. *ff. mand.* §. *interdum Inst. tit. de rer. divis. l. qua ratione* §. *interdum ff. de acquir. rer. dom. l. absenti* 10. *ff. de donat. l. si sponsalibus* 58. *ff. de jur. dot. l. si servus* 21. §. *si rem ff. de acquir. rer. dom.* Itaque qui apud horreum ejus claves accipit, mercium in horreo conditarum possessionem, & dominium acquirit, quia earum apprehendendarum potestatem nancifcitur *l. clavibus.* 74. *ff. de contr. empt.* Et qui fundum ingreditur animo possidendi, totum fundum incipit possidere, licet eum non circumambulet *l. 3. §. 1. ff. de acquir. poss.*

2 Sed ad hæc, & hujus generis cætera est prompta responsio. Facilius acquiritur possessio vacua, & domino volente, quam intervertatur invito domino. Hæc enim avelli debet à domino, à quo retinetur: non debet autem ignoranti, ne dum invito, possessio tolli, etiamsi ab eo solo animo retineatur *l. quamvis* 46. *ff. de acquir. poss.* Animo enim amittitur possessio, sicut acquiritur *d. l. quamvis & l. quemadmodum ff. eod.* Quando autem vacua est possessio, aut à domino ceditur, concurrit animus acquirentis cum animo amittentis: ac propterea si præcesserit factum apprehensionis, nihil aliud requiritur, & possessio transferatur necesse est. Rectè Paulus in *l. 1. §. si vir uxori ff. de acquir. poss. si vir uxori cedat possessionem donationis causâ plerique putant possidere eam, quia res facti Jure Civili infirmari non potest: & quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?* Si ingrediar fundum voluntate domini, totius fundi possessionem illicò acquiro *l. 3. §. 1. ff. de acquir. poss.* Imò si venditor fundi in mea turre mihi demonstret fundum venditum, vacuamque possessionem se tradere dicat, non minus possidere incipio, quam si pedem finibus intulissem. *l. quod meo* §. *si venditorem ff. eod.* Contrà si ingrediar fundum animo occupandi possessionem invito domino, eam non acquiro *d. l. quod meo* §. *si dum in alia l. 3. §. etsi alii ff. l. clam* 6. §. *ult. l. si id quod* 25. §. *ult. l. quamvis* 46. *ff. eod.*

3 Item volente domino rei præsentis possessionem acquirimus, etiam oculis, & affectu. *l. 1. §. si jusserim ff. eod.* & possessionem mercium acquirimus acceptis clavibus in conspectu horrei, vel cellæ vinariæ *l. clavibus ff. de contr. empt.* At in furto, quod fit invito domino, oculis & affectu non acquiritur possessio etiam rei præsentis: atque ideò, si quis animo furandi conclave fuerit ingressus, furtum non facit, si nihil abstulerit *l. vulgaris* 21. §. *qui furti ff. de furt.* Item si majoris ponderis quid aperuit, aut refregit, quod tollere non potuit; non omnium rerum fur est, sed earum tantum quas tulit *d. l. vulgaris* §. *item si.* Non solum igitur requiritur contrectatio, sed contrectatio cum effectu, nam si contrectetur quod tolli non potest, non tamen ejus fit furtum, aut possessio intervertitur. Et tantum abest, ut sufficiat solus animus, aut consilium quando res est in potestate: ut nec sufficiat quidem factum ipsum, & præparatio ad contrectandum. Quamobrem, si quis arcam refregerit eo consilio ut uniones tolleret, furtum non facit arcam frangendo, sed uniones contrectando. *l. si quid fur.* 22. §. *si eo consilio ff. de furt.* Et ideò rectè Paulus in lege nostra ait: *possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest.* Cùm enim furtum non fiat, nec possessio intervertitur ex causa furti: furtum autem non fit, quia deest contrectatio; quæ adeo necessaria est, ut synonyma existimentur: *contrectare* & *furtum facere. l. cum creditor* 55. *ff. de furt.* Non sunt igitur hæc contraria Pauli responso: sunt tamen alia, quæ magis adversari videntur.

4 Primùm enim Papinianus in *l. si rem mobilem* 47. *ff. de acquir. poss.* ait, depositario & commodatario constituentibus sibi possidere, & rem domino non reddere, confestim dominum amittere possessionem. Ergò solo animo, sine ullo facto possessio intervertitur.

Confirmat id Marcellus in *l. si quis rem* 20. *ff. eod.* ubi respondit dominum invitum possessione interverti à commodatario, qui recusat rem commodatam tradere emptori jubente domino, aut ipsi domino reposcenti reddere.

Præterea in *l. alienum C. de furt.* Alexander Imperator duobus modis furtum fieri respondit, aut contrectando servum, aut illum detinendo: ibi, *& si contrectet, vel apud se detinuerit, furtum facit*; ergò & qui retinet, furtum facit, licet non contrectet.

In *l. si quis uxori* §. *eum creditorem ff. de furt. Eum creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, si celandi animo retineat, quod verum esse arbitror.* Nihil aliud hic exigitur, quàm ut retineat animo furandi.

In *l. falsus* 43. §. *si is qui indebitum ff. eod. Si is qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, non erit furti actio, si cum eo absente solutum sit: caterùm si præsente, alia causa est, & furtum facit.* Sola præsentia requiritur: nempè ut sit in potestate.

In *l. si is qui rem* 66. §. *eum qui ff. de furt. Eum qui mulionem dolo malo in jus vocasset: si interea mula perierint, furti teneri Veteres responderunt.*

His additur exemplum fugitivi. Fugitivus nemo fit solo consilio. Facto opus est, quo se proripiat è potestate domini *l. bovem* §. 1. *ff. de Ædil. Edict. l. fugitivus ff. de V. S.* & tamen si quis imprudens, aut invitus domini potestatem evaserit, & postea cùm redire posset, mutato consilio redire noluit, solo animo fit fugitivus *l. quis sit fugitivus* §. *idem ait, si servus ff. de Ædil. Edict.*

Accedit Sabini autoritas quem Gell. refert *lib.* 11. *cap. ult. in fin. Hac quidem in eo, quo nunc dixi, libro Sabinus scripsit de rebus furti faciendi causâ attrectatis. Sed meminisse debemus secundum ea, quæ suprà scripsi: furtum sine ulla quoque attrectatione fieri posse, solâ mente atque animo, ut furtum fiat, annitente. Quocircà ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui servo suo uti furtum faceret, imperavit.* Non dissentit Plautus in *Panul. act.* 1. *sc.* 1.

—— continuò tibi
Negabit. quid tu dubitas, quin extemplò
Duplo tibi auri & hominis fur leno fiet?

Et *act.* 3. *sc.* 1.

Ille negabit, Milphionem quæri censebit tuum.
Id duplicabit omne furtum, leno addicetur tibi.

Et *sc.* 4. *act.* 3.

Extemplò denegabit: homo furti se adstringet.

5 Quamquam hæc omnia magni momenti sint, tamen adeo manifesta est Pauli sententia, ut nisi verba cavillari velimus, nullus usquam pateat evadendi locus. Neque enim illud dici potest ibi agi de ficta contrectatione, quæ fit solo animo, cùm res est in nostra potestate. Ait enim Paulus, quod depositarius, qui rem loco non movet, furtum non facit, quia furtum sine contrectatione non fit, nec animo furtum admittitur. Agit igitur de contrectatione, quâ res loco movetur, non de ea, quæ fit animi destinatione. Contrectatio hic refertur ad loco motionem, & opponitur animo. Planè si depositarius solo animo furtum admitteret, absurda esset illa ratio, & cum dicto pugnaret: depositarius si rem loco non moverit & animum inficiandi habeat, furtum non facit, quia animo furtum non admittitur.

6 Nec illud dici potest, eum, qui animum inficiandi habet, furtum non facere, quia nondum inficiatur, sed inficiabitur cùm depositum reposcetur: nam qui animum faciendi habet, non facit. Speciem veri hæc haberent, si inficiatio esset furtum: tunc enim rectè diceretur, furem non esse, qui animum habet inficiandi, quia hic non inficiatur. Sed cùm inficiatio non sit furtum *l. inficiando ff. de furt.* non video quid hæc ad rem pertineant. Porro si animo rem sibi habendi furtum facit depositarius; etiam animo inficiandi furtum faciet. Etenim animus inficiandi involvit animum retinendi depositum. Idcircò enim paratus est inficiari

depositum quandocumque reposcetur, quia jam destinavit depositum non reddere. Propterea verò nunc non inficiatur, quia nunc non reposcitur. Si nunc reposceretur, nunc inficiaretur. Habet igitur in præsens animum non restituendi depositum, sibique habendi: & si hîc animus sufficit ad furtum faciendum, utique furtum facit. Quocircà non dixit Paulus eum furtum non facere, quia furtum non admittitur animo inficiandi, aut animo furandi in futurum: sed generaliter dixit, *nec animo furtum admittatur*. Licet enim nunc non inficietur, quia nunc non reposcitur, tamen nunc habet animum lucri faciendi, & furandi: nihilominus tamen furtum non admittit, quia animo furtum non admittitur.

7 Et hæc est germana Pauli sententia, quam confirmat in *l. 1. ff. de furt.* Primùm ibi docet *fures* à *ferendo* nuncupatos fuisse: hinc deducit solam cogitationem furti faciendi furem non facere, quia qui animum furandi habet, nihil aufert. Atque hoc probat exemplo depositarii, qui depositum abnegat. Animadvertendum est enim in ea lege omnia esse inter se apta atque connexa. Depositarius qui depositum abnegat, furti non tenetur, ideò quia sola cogitatio furti faciendi non facit furem: & ideò non facit furem, quia *fures* ab *auferendo* dicti sunt. Non agitur hic de depositario, qui habet animum inficiandi in futurum, sed de eo, qui depositum abnegat in præsens. Nec possunt hæc intelligi de sola cogitatione, sejunctâ à detentione rei: nam absurdè subjiceretur exemplum depositarii, qui rem detinet. Age verò perpendamus omnia verba. *Sic is qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed si intercipiendi causâ occultaverit.* Hæc laudatus Auctor interpretatur de eo, qui, aut interim non potest, aut non tenetur depositum reddere juxta *l. 1. §. est autem ff. depos.* qui non occultat depositum animo intercipiendi, sed differendi restitutionem, quoad veniat tempus restituendi. Sed huic interpretationi repugnat cùm ratio ipsa, tum verborum significatio. Repugnat ratio ipsa: quia ibi quæritur an furtum fiat cogitatione furti faciendi: ergò supponendum est depositarium abnegare depositum animo furandi, non differendi restitutionem in tempus magis opportunum. Alioquin exemplum esset alienissimum à quæstione proposita. Præmittitur regula: quod solâ cogitatione furtum non fit: subjicitur statim exemplum depositarii ad explicandam regulam: ergò supponitur depositarium habere animum furti faciendi.

Repugnat etiam significatio verborum. 8
Occultandi verbum refertur ad factum abscondendi, non ad animum *l. Fulcinus. §. quid sit autem & §. illud sciendum ff. quib. ex caus. in poss. eat. l. 1. C. de his qui latrones vel alior. crim. reos occult.*

Ovid. *lib. 2. Metamorph.*

—— *& arte suâ sylvis occultat abactas.*

Plaut. *in Trinum.*

Neque latebrosè me abs tuo
Conspectu occultabo.

Cic. *pro Leg. Manil.*

Et ita regnat, ut se non Ponto, neque Cappadocia latebris occultare velit.

Et *pro Sextio.*

Corpus senile paludibus occultavit.

Cæs. *de Bell. Gall. lib. 6.*

Qui proximi Oceano fuerunt: ii in Insulis se occultaverunt.

Non aliter sentit Paulus in nostra lege: opponit enim eum qui occultat, illi qui solum habet animum furti faciendi. Nec illud dici potest, quod satis occultet, qui abnegat. Etenim Paulus hic distinguit eum qui abnegat, ab eo qui occultat, & præter inficiationem, requirit etiam occultationem: ergò diversa est hæc ab illa: verbum etiam *abnegandi* demonstrat hîc agi de depositario, qui negat se habere depositum: non de eo, qui differt solutionem in aliud tempus: hic enim non abnegat depositum *l. quod servus 11. ff. depos.* Plin. *lib. 10. epist. 97.* de Christianis sui temporis. *Seque sacramento non in scelus obstringere: sed ne furta, ne latrocinia, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, ne depositum appellati abnegarent.*

Juven. *Sat. 13.*

Dummodo vel cæcus teneam, quos abnego, nummos.

9 Accedit autoritas Ulpiani in *l. si quis uxori §. neque verbo ff. de furt. Neque verbo, neque scripturâ quis furtum facit: hoc enim jure utimur, ut sine contrectatione furtum non fiat.* Hæc verba comprehendunt etiam eum, qui rem habet in potestate: tum quia generalia sunt: tum quia magis huic conveniunt, quam ei qui rem non detinet. Quis enim tam fatuus est, ut verbis, vel scripturâ profiteatur se furtum fecisse? Aut quis dubitare possit eum non facere furtum. Quam absurdè tam manifestam sententiam confirmasset Ulpianus illis verbis: *hoc enim jure utimur &c.* Agitur ergò ibi de illis, qui cùm rem detineant, negant se accepisse, vel reddituros quod acceperunt. Hos autem negat furtum facere, quia non contrectant, & hoc jure utimur, ut sine contrectatione furtum non fiat. Meritò confirmat sententiam suam hac regulâ in Jure ab omnibus receptâ, quia res habet in se difficultatem: & ideò etiam Pau-
10 lus in nostra *l. 3.* id confirmavit autoritate Sabini, & Cassii & plerorumque Veterum, qui eâdem prorsus ratione movebantur, *quia furtum sine contrectatione fieri non potest.* Constat ergò furtum non facere eos qui verbo, vel scripturâ negant reddere quod detinent. Nec dubitari potest hîc agi de illis, qui negant animo furti faciendi: alioquin enim dixisset Ulpianus eos furtum non facere, quia sine animo furtum non fit. Absurdè confugisset ad necessitatem contrectationis, si deesset solus animus; si ideò furtum non fieret, quia animus deficeret. Falsa esset & inepta ratio illa, si furto obstaret animi defectus, non defectus contrectationis.

11 In eandem sententiam ivit Celsus in *l. inficiando. in princ. ff. de furt. Inficiando nemo furtum facit: neque enim furtum est ipsa inficiatio, licet propè furtum est: sed si possessionem ejus adipiscatur intervertendi causa facit furtum.* Non potest dubitari in hac lege agi de depositario, qui inficiatur animo furandi. Ait quod ejus inficiatio propè furtum est. Atqui hoc omninò falsum esset, si deesset animus furti faciendi. §. *placuit Inst. tit. de oblig. quæ ex del.* §. *item si is. de usucap. l. qui injuriæ 53. in princ. ff. de furt.* Nemo igitur inficiando depositum facit furtum, etsi habeat affectum furandi. Ac ne possessionem quidem adipiscitur. Si enim hoc ipso adipisceretur possessionem, quod depositum inficiatur, ineptè, imò fallò subjecisset Celsus illa verba: *sed si possessionem adipiscatur intervertendi causa furtum facit.* Hæc omninò supponunt depositarium inficiando depositum, non adipisci possessionem, quemadmodum traditum est à Paulo in nostra *l. 3.* Ergò præter inficiationem requiritur aliquis actus, quo possessio intervertatur.

Sed scrupulum quibusdam injiciunt verba, quæ subsequuntur. *Nec refert in digito habeat annulum, an dactyliothecâ, quem cum deposito teneret, habere pro suo destinavit.* Sed supponendum est eum habere præ manibus, aut in crumena dactyliothecam, sicut supponitur habere in digito annulum; ut exemplum respondeat his, quæ antecedunt. Si secum habeat annulum, aut dactyliothecam, sufficit ut annulum pro suo habere destinet, quia annulum quem secum habet, contrectat: & contrectando intervertit possessionem, licet annulus conditus sit in dactyliotheca *l. qui saccum ff. de furt.* Quod si quis alteram lectionem præferat: *nec refert in digito habeat annulum, an dactyliothecam:* res erit expedita. Quam lectionem adjuvat Plinii locus *lib. 37. c. 1. Gemmas plures, quod peregrino nomine appellant dactyliothecam, primus omnium habuit privignus Sylla Scaurus.* Dubitabam olim an Celsus, qui Proculeïanus erat, potuerit fortasse ab aliis dissentire. Certè Paulus in nostra *l. 3.* citat Sabinum, & Cassium. Cassius autem Sabini discipulus fuit *l. 2. §. ult. vers. & Sabino ff. de orig. Jur. l. qualem §. nunc videndum ff. de rec. arbitr.* 12

Sed ad rem redeamus. Non sufficere solam contrectandi potestatem demonstrant Veteres, qui requirunt ipsam contrectationem etiam quotiescumque res est in nostra potestate: quo casu solum animum requirere deberent. *In l. si servus 14. §. bove surrepto ff. de condict. furt. Bove surrepto, & occiso, condictio & bovis, & corii, & carnis domino competit:* 13

competit : *scilicet*, *si & corium*, *& caro contrectata fuerunt.* Contrectatus fuit bos : non sufficit : contrectari debet & corium, & caro. In *l. facienda* 8. §. *igitur ff. arbor. furt. caes. igitur si ceciderit*, *& lucri faciendi causâ contrectaverit*, *etiam furti tenebitur lignorum causâ.* In *l.* 3. *ff. rer. amot. Et ideò si post divortium easdem res contrectat*, *etiam furti tenetur.* In *l. Marcellus* 11. *ff. eod. sive vir uxorem*, *sive uxor virum domo expulit*, *& res amoverunt*, *rerum amotarum tenentur.* In *l. eum qui* 14. §. *Julianus ff. de furt. Non habebit furti actionem is apud quem res deposita est*, *quamvis periculo ejus esse cœperit*, *qui eam contrectavit. l. ancilla* 60. *ff. eod. Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intelligitur*, *ita partum quoque contrectando furtum facit.* Non dissimilia sunt responsa in *l.* 1. §. 1. *ff. si is qui testam. lib. in l. servi* 17. §. 1. *in l. fullo* 81. *in princ. ff. de furt. in* § *furtum Inst. tit. de oblig. quæ ex del.* ubi Justinianus in depositario non solum requirit, ut contrectet rem depositam : sed etiam id explicat exemplo ejus, qui re depositâ utitur, ut demonstret requiri actum corporis, & veram contrectationem.

14 Neque defendi potest detentionem conjunctam animo furandi esse speciem contrectationis. Hoc enim falsum esse ipsa loquendi ratio à Veteribus semper usurpata convincit, qui numquam usi sunt verbo *detentionis*, semper autem *contrectationis* : convincit etiam ipsa verbi significatio; nam *contrectare*, seu *attrectare*, ut Veteres dicebant, est manibus tractare, & tangere. Quocircà rectè Theophilus hanc contrectationem dixit *ψηλάφησιν*, indicans actum palpandi, & attrectandi rem manibus. Item cùm Sabinus existimavit etiam rerum immobilium furtum fieri, ut refert Gell. *lib.* 11. *c.* 18. reprobata fuit ejus sententia *l. quam rem* 38. *in fin. ff. de usucap. l. verum ff. de furt.* quia res immobiles loco moveri, & contrectari non possunt.

15 Sed omnium luculentissimè Pauli sententiam confirmat distinctio tradita in *l. certi condictio* 9. *cum l. seq. ff. de reb. cred.* Deposui apud te pecuniam, postea conveni ut eâ, tamquam mutuâ utereris : statim mutua fit. Contrà si ab initio, cùm deponerem, permisi tibi uti cùm voles, non fiet mutua solâ voluntate, nec solâ voluntate dominium, & possessionem acquiris ; sed tunc cùm eam loco moveris. Nimirum ad acquirendum dominium, & possessionem, non sufficit animus intus latens : sed necesse est ut erumpat in aliquem actum externum, quo animus ille declaretur : maximè cùm agitur de possessione alteri auferenda. Requiritur ergò animus aut cum præsenti conventione, aut cum præsenti contrectatione conjunctus. Animus autem ab omni facto disjunctus nullum habet effectum. Facilè enim hæc acquisitio impeditur. Quapropter licet thesaurus in meo fundo conditus sit in mea potestate ; & à nemine possideatur *l.* 3. §. *Nerva l. Pomponius* 13. *l. si rem mobilem* 47. *ff. de acquir. poss.* Tamen quia perfectè sub custodia mea non est, ejus possessionem non acquiro, nisi loco moveam *l.* 3. §. *quidam putant ff. eod.*

Quæ de mutuo tradita sunt in *d. l. quod* 16
si ab initio ff. de reb. cred. multò magis statuenda sunt in furto. Primùm quia furtum definitur contrectatio fraudulosa, *l.* 1. §. *ult. ff. de furt.* §. 1. *Inst. de obl. quæ ex del.* adeoque de essentia furti est contrectatio : eaque fraudulosa. Licet autem supponamus præcessisse apprehensionem ex causa depositi, tamen illa non est ejusmodi contrectatio, cujusmodi in furto requiritur. Ea enim facta fuit bonâ fide, & justa de causa, & volente domino : ac propterea nullam fraudem habet adjunctam. Nec fraus, & mala fides superveniens retròtrahitur ad initium. *l. un. ad fin. C. de usuc. transform. l.* 2. §. *si defunctus ff. pro empt.* §. *diutina Inst. tit. de usucap.* Nec fingi potest nunc facta contrectatio. Si enim non fingitur in contractu *d. l. quod si ab initio*: quantò minus fingi debet in delicto. Est enim odiosum, nec fingi potest factum fuisse quod factum non est, & puniri qui verè non fecit. Nec eadem est ratio possessionis acquirendæ ex conventione. Nam possessio est detentio rei : detentio autem habet tractum temporis, & tamdiù durat, quam-

diù res est in nostra potestate. Ergò quandocumque superveniat animus, conjungitur cum præsenti detentione *l.* 3. §. *Neratius ff. de acquir possess.* & implet quod detentioni, & naturali possessioni deerat. *d.* §. *Neratius.* Contrà in furto requiritur contrectatio, quæ non habet tractum temporis, nec diutius durat, quàm quamdiu res attingitur. Quocircà fraus postea superveniens non potest conjungi cum contrectatione, quæ multò ante præcessit. Quamobrem deest contrectatio fraudulosa, quia quo tempore supervenit fraus, res amplius non contrectatur.

17 Præterea si requiritur motio, & attrectatus, ut depositum transformetur in mutuum, hoc est in alium contractum valdè similem *l. Lucius Titius* 14. *l. seq.* §. 1. *& l. Publia Mævia* 26. §. 1. *ff. depos.* in contractum, in quo singularia multa recepta sunt *l. singularia ff. de reb. cred.* quantò magis eadem requiritur ut depositum transformetur in delictum? Illa transformatio fit voluntate domini, ac propterea facilius transferri debet possessio, ut initio probavimus. Hæc fieri debet invito domino, quod multò difficilius admittitur.

Denique conventio est essentia contractûs *l.* 1. *ff. de pact.* Et licet ad mutuum contrahendum requiratur etiam traditio; tamen eadem traditio requiritur etiam in deposito. Præcessit igitur traditio, quæ in mutuo necessaria est: & quidem simul cum conventione transformandi depositum in mutuum.

18 Et tamen hæc non sufficiunt sine nova contrectatione. Contrà essentia furti est contrectatio. Et quamvis etiam affectus furandi requiratur §. *placuit Inst tit. de obl. quæ ex del.* tamen in hoc non consistit essentia delicti: nemo enim cogitationis pœnam pati debet. *l. cogitationis ff. de pæn.* Eleganter Cato apud Gell. *lib.* 7. *cap.* 3. *Neminem, qui male facere voluit, plecti æquum est: nisi quod factum voluit, etiam fecerit. Facta sola censenda esse, atque in judicium vocanda: voluntates nudas, inanesque negligendas, nec pœnis obnoxias esse.* Delictum igitur, adeoque etiam furtum in facto consistit. Nec factum traditionis præcedentis furtum constituere potest: quia hujusmodi factum, nedum furto non convenit, sed maximè repugnat. Subripi enim, & auferri res in furto debet, non recipi à tradente. Ab invito debet auferri, non à volente suscipi. *l. qui vas* 48. §. *qui ex voluntate ff. de furt.* §. *sed etsi credat* 8. *Inst. de obl. quæ ex delict.* Optimè Papinianus in *l. procurator* 55. *ff. mand. Procurator, qui non res inclusas subtraxit, sed sibi traditas non reddidit, judicio mandati, non furti tenetur.* Etenim nisi contrectet res inclusas lucrandi animo, furtum non facit: quia præcedens traditio volente domino facta, non est idonea ad furtum faciendum.

His probè constitutis, legum, quæ ini- 19
tio opponebantur, prompta, atque expedita videtur explicatio. Primùm enim animadvertere oportet aliam quæstionem à nostra longè diversam tractari in *l. si rem mobilem* 47. *& in l. si quis rem* 10. *ff. de acquir. possess.* In illis non adducitur in controversiam an solo animo possessio intervertatur. Quocircà (ut aïunt in scholis) supponendi sunt termini habiles; hoc est, supponendum est ibi concurrisse ea omnia quæ requiruntur ad intervertendam possessionem: licet non exprimantur. In *l. si rem mobilem* proponitur differentia inter res mobiles, & immobiles quoad acquirendam possessionem, aut amittendam. In lege præcedenti statuerat Papinianus ignorantem non amittere possessionem rei immobilis. Nam rei immobilis possessionem amittimus, si aut dejecti fuimus, aut ab occupante exclusi cùm revertimur, vel si abjicimus animum revertendi, *l. naturaliter ff. de usurp. & usuc. l.* 1. §. *interdictum autem ff. de vi l. clam possidere. in fin. l. etsi nolit. ff. de acquir. vel am. poss.* Cæterùm quandiù ignoramus possessionem ab alio occupatam fuisse, eam non amittimus. Et hoc statuitur in *l. quamvis saltus* 46. *ff. eod.* quæ præcedit hanc legem. Hoc constituto quærit deinceps Papinianus in nostra *l. si rem* 47. an idem dicendum sit de re mobili. Et ait rei mobilis possessionem amitti etiam ab ignorante. Itaque si depositarius aut commodatarius ignorante domino invadunt rem depositam, aut commodatam, confestim in-

tervertunt possessionem. Hæc est ejus legis sententia. Licet igitur supponat Papinianus interverti possessionem statim ac illi sibi rem possidere, eamque non reddere constituerunt; tamen, ut dixi, supponendi sunt termini habiles: hoc est, eos non solo animo constituere sibi rem habere; sed accedente facto aliquo contrectationis, aut loco motionis. Neque enim ibi tractatur ea quæstio; an solo animo possessio intervertatur: sed an intervertatur ignoranti. Itaque supponendum est concurrere ea, quæ sunt necessaria ad interverrendam possessionem. Quemadmodum cùm in Jure nostro enunciatur furti teneri eum qui contrectat. *l. eum qui* 14. §. *Julianus l. fullo.* 82. *in princ.* & passim. *ff. de furt. l. si servus* §. *bove ff. de condict. furt.* supponendum est eum habere animum furandi, quia sine affectu furandi furtum non faceret §. *placuit Inst. tit. de obl. quæ ex del.* Ita cùm hic traditum sit interverti possessionem ignoranti, supponendum est concurrere contrectationem.

Et hac mente ea se protulisse indicat idem Papinianus in ea ipsa lege. Sic dicit enim. *Cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta, atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuevit.* Hoc argumento probat verum esse, quod dixerat. Si amittit possessionem rei mobilis, qui ejus custodiam omittit, ac negligit, quamvis eam nemo alius invaserit: multò magis illam amittit, cùm alius eam invadit. Supponit igitur depositarium, & commodatarium

20 rem invasisse. Invadendi verbum demonstrat actum corporeum apprehensionis, & contrectationis, *l.* 3. §. *si autem ff. de vi & vi arm. l.* 1. §. *socius ff. de usur. l.* 5. *C. unde vi.* Cic. 3. *in Verr. Iste quod argenti placuit invasit: quæ mancipia voluit, abduxit*, & in 2. *Philip. In multas preterea pecunias alienissimorum hominum, ejectis veris heredibus, tamquam heres esset, invasit.*

21 Alia pariter quæstio tractatur à Marcello in *l. si quis rem* 20. *ff. de acquir. poss.* In *libro* XIX. *Digestorum* Marcellus tractabat eam quæstionem, an illi qui rem alienam detinent, eamque jussu domini non tradunt ei cui jussit; semper intervertant dominum possessione. De commodatario agit in nostra *l. si quis rem* 20. De depositario in *l.* 1. §. *est autem ff. depos.* De colono in *l. colonus ff. de vi & vi arm.* Et in his omnibus distinguit. Aut nullam habebant causam non tradendi rem jussu domini, & possessionem intervertunt; aut habebant probabilem & rationabilem causam non restituendi, & eam non intervertunt. Non quæritur igitur an intervertant solo animo: sed an cum causa, vel sine causa: & ideò supponere oportet concurrere ea, quæ sunt necessaria ad intervertendum: sicut expressim adjicitur in *d. l. colonus*, ubi colonus non admisit, adeoque dejecit missum à domino.

Antequam autem aliò progrediamur, monendum est fallax esse argumentum hujusmodi. Furtum est interversio possessionis; intervertitur possessio; ergò furtum fit. Nam & omnis homo est animal; non tamen omne animal est homo. Sed hoc omitto. Primùm non semper in furto possessio intervertit possessionem, (qui lucrandi usûs causâ contrectat; & tamen furtum facit. *l. qui jumenta* 40. *l. si pignore* 54. *in princ. l. fullo* 82. *ff. de furt.* §. *interdum Inst. tit. de oblig. quæ ex delict. l. si sacculum* 29. *ff. depos. l. si ut certo* §. *sed interdum &* §. *quin imo l. in rebus. l. ult. ff. commod.* Labeo & Scævola apud Gell. *lib.* 7. *cap.* 15. Exemplum refert Valer. Max. *lib.* 8. *c.* 2. *in fin.* Errant igitur qui de furto judicant non ex contrectatione, sed ex interversione possessionis. Furti enim 22 essentia in contrectatione consistit, non in possessionis interversione. Et ideò rectè Paulus in nostra *l.* 3. à furto ducit argumentum ad possessionis interversionem, non ab interversione ad furtum; ibi *possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest.* Non intervertitur igitur possessio, quia furtum non fit. Neque contrarium est quod ait Scævola in *l.* 1. §. *Scævola ff. si is qui testam. lib.* Nam Scævola solum negat fieri furtum, ubi nullus est possessor: non verò ducit argumentum ab interversione ad furtum. Etenim etiam rei quæ sine domino est,

furtum non fit *l. ult. ff. expil. hæred.* & tamen furtum non est interversio dominii: imò in furto non aufertur dominium *l. sive 10. ff. de condict. furt. l. alienum 6. C. de furt.* Præterea furtum sine contrectatione non fieri manifesti Juris est *l. si quis uxori §. neque verbo ff. de furt. & nostra l. 3.* At verò quod furtum non fiat hæreditati, quia nullus est possessor, magna fuit inter Veteres dissensio. Quamobrem cùm Trebatius inter scyphos illusisset Ciceronem, quod hoc controversum esse dixisset: citat contrariæ sententiæ Auctores Sex. Ælium, M. Manilium, M. Brutum, qui putarunt hæreditati furtum fieri. Sed Scævolæ sententia, quæ fuit etiam Trebatii, recepta fuit ab Ulpiano, & Paulo. Inter Recentiores etiam valdè disputatur, an aliquando fiat furtum etsi nullùs sit possessor. Nam in *l. falsus §. si jactum ff. de furt.* & in *l. si homo ff. de usuc.* furtum admittitur, licet nullus videatur esse possessor. Constat igitur magis propriè convenire furto contrectationem, quam interversionis, adeoque non rectè sentiunt, qui posthabitâ contrectatione solam interversionem possessionis spectandam esse arbitrantur, ut de furto judicetur.

23 Ad alia jam progrediamur. *In l. alienum C. de furt.* Imp. Alexander agit de eo, qui alienat servum alienum. Hunc autem furtum facere aït, si aut alienando servum contrectet: aut antequam alienet, apud se detineat: nempè si vel ipsum includat, vel eo utatur. Inanimata non contrectamus nisi ea attingamus, aut loco moveamus. Servi, & animalia ipsa se loco movent, & cùm vel ad nostrum nutum, vel à nobis coacta loco moventur, satis contrectari videntur. Itaque qui aliena pecora abigit, fur est. *l. 2. ff. de abig.* Et qui servum aut sponte sequentem ducit, aut cogit invitum, aut domi detinet, fur est, quia hoc ipso contrectat. Porrò ridiculum esset existimare servi furtum non fieri, nisi cùm manibus palpatur. Aufert domino servum, & qui secum ducit, aut agit, aut detinet tam volentem, quam invitum.

24 In *l. si quis uxori §. cum creditorem ff. de furt.* creditor pignus retinet, & celat. Celare dicitur is, qui rem amovet *l. si concubina §. 1. rer. amot. l. si stuprum ff. de injur. l. Neratius §. quamvis ff. de servo corrupt. l. non statim §. ult. ff. de leg. Fab. de plag. l. eum qui C. eod. l. adversus C. de furt.* Quod in ea lege dicitur celandi animo retineri, dicitur celandi animo contrectari in *l. res communis 45. ff. pro soc.* Celandi actus corporeus est, & involvit ablationem, occultationem, contrectationem *l. si de eo fundo §. servum ff. de acq. poss.*

In *l. falsus §. si is qui indebitum ff. de furt.* 25 volens solvebat indebitum, adeoque ipse desinebat animo possidere, nec invito possessio auferebatur. Hoc casu possessio etiam oculis & affectu acquiritur *l. 1. §. si jusserim ff. de acquir. poss.* dummodo res præsens sit, & apprehendi possit. *l. clavibus ff. de contr. empt. l. prædia ff. de acquir. poss.* Elegans in hanc rem Javoleni responsum in *l si pecuniam 79. ff. de solut. Pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur ut & tu statim libereris, & mea esse incipiat: nam tum quod à nullo ejus rei possessio corporaliter detinetur, acquisita mibi, & quodammodo manu longâ tradita videtur.* Mihi igitur tradita videtur, & à me tangi, & contrectari, cùm in conspectu ponitur. Tacit. *lib. 3. Nam quo pertinuit nudare corpus, & contrectandum vulgi oculis permittere* Gell. *lib. 6. c. 8. Vetuit in conspectum suum deduci, ut eam ne oculis quidem suis contingeret.* Et quamvis pecunia non ipsi, sed alteri solvatur, tamen cùm ejus jussu solvatur, ipsi solvi videtur, & ab eo alteri tradi: & celeritate conjungendarum actionum altera occultatur: ut optimè explicat Ulp. in *l. 3. §. pen. & ult. ff. de don. int. vir.*

In *l. si is qui rem 66. §. eum qui ff. de furt.* 26 qui mulionem in Jus vocavit, dolo malo furti tenetur, non quia furtum fecerit, sed quia ope, & consilio ejus furtum factum fuit. Nam mulionem dolo malo in Jus vocavit, ut interim ab alio mulæ subriperentur: adeoque furti tenetur *§. interdum quoque Inst. tit. de oblig. quæ ex delict. l. in furti actione §. 1. & seqq. ff. de furt.*

27 Ad exemplum fugitivi facilè respondetur. Fugæ nomen non tam consilii, quam facti est, *l. bovem* §. 1. *ff. de Ædilit. Edict.* & fugitivus intelligitur non secundum propositionem solam, sed cum aliquo actu. *l. fugitivus* 225. *ff. de V. S.* Sed actus, qui requiritur, non est loco motio, sed mansio extra domum domini *l. quid sit fugitivus. in princ. ff. de Ædil. Edict.* ibi *quid sit fugitivus definit Ofilius. Fugitivus est, qui extra domini domum fugæ causâ, quo se à domino celaret, mansit.* Cùm igitur fugitivus definiatur is, qui manet extra domini domum: necesse est, ut qui fugæ causâ abductus est imprudens, aut invitus, si postea re cognitâ redire nolit; & fugæ causâ extra domum domini maneat, sit fugitivus. Contrà furtum non est retentio rei alienæ, sed contrectatio.

28 Ad Gellii autoritatem facilè respondetur. Nititur ille autoritate Sabini, quem constat existimasse furtum non fieri sine contrectatione: ex nostra *l.* 3. §. *si rem.* Constat igitur Gellium agere de eo, cujus ope & consilio furtum fit; ex exemplis, quæ affert ex Sabino: & ideò ait, *solâ mente atque animo ut furtum fiat, annitente.* Non igitur ille furtum facit, sed ope, & consilio annititur, ut ab alio furtum fiat.

Plauti autem autoritati non est deferendum, qui putat etiam errantem, sine animo furandi, furti obstringi.

CAPUT XXIX.

Ad l. si quis conduxerit 46. ff. Locat.

SUMMARIUM.

1 *Conductio facta uno nummo nulla est, siquidem nulla sit proportio unius nummi ad usum rei, qui in locatione conceditur, & nummus intervenit ad simulandam locationem, secus verò si conductionis justa merces sit nummus.*

2 *Inter virum & uxorem donationis causâ imaginaria venditio contrahi non potest.*

3 *Quando quis non decipiendi causâ, sed animo donandi in iis causis, in quibus donatio non est interdicta, nummo uno conduxit aut emit, licet contractus non valeat jure locationis, vel venditionis, valet jure donationis.*

4 *Nummus pro re minima habetur, & unde dictus sit* sestertius.

5 *Donatio antiquitùs fiebat nummo uno sestertio, sed hoc Justinianus sustulit.*

6 *Solemnitates, quæ adhibebantur in mancipatione, sine quibus res alienari non poterant.*

7 *Præter mancipationem inventus est alter solemnis modus abalienationis, qui dicebatur in Jure Cessio, cujus solemnitates referuntur. Explicatur* §. Aliæ autem Instit. tit. de Donat.

8 *Per mancipationem, & imaginariam illam venditionem omnes ferè actus expediebantur, nam & testamenta, & emancipationes, & adoptiones fiebant.*

9 *Locatio & venditio facta uno nummo, quare non valeat.*

10 *Rejicitur interpretatio illa, quod locatio uno nummo facta non valeat, quia merces consistere debeat in pecunia numerata, qualis non est unus nummus: quâ occasione recensentur multa, quæ minoris venibant quàm uno nummo, & de vilitate rerum, quæ antiquitùs erat.* Vinum tricotylum *apud Hesychium est, cujus tres cotylæ uno obolo venibant.*

11 *Etsi de substantia emptionis sit pretium in pecunia numerata, tamen non est de ejus substantia quod pretium sit justum; ideò venditio viliori pretio facta donationis causâ subsistit.*

12 *Locatio etiam valere debet, si minore mercede fiat donationis causâ, quia eadem regula locum habent in locatione, quæ in venditione.*

13 *Ut venditio aut locatio non subsistat, necesse est universam venditionem, aut locationem donationis causâ factam esse.*

ULpianus in *l. si quis conduxerit* 46. *ff. loc.* ait: *Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia & hoc donationis instar inducit.* Idem confirmat in *l. si quis ante* 10. §. *ult. ff. de acquir. vel am. possess. Si quis & conduxerit, & rogaverit precario ut possideret: siquidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quæ est in uno nummo.*

Quid hoc rei est? annon potest res uno nummo conduci? Certè coquus ille apud Plautum *in Aulularia* nummo conductus erat.

Nummo sum conductus, plus jam medico mercede opus est.

Neque assentior doctissimo Lambino, qui hoc accipit de nummo aureo. Quis enim credat senem avarissimum, & pauperrimum coquum nummo aureo conduxisse ut agnum macrum coqueret: aut co-

quum seni exprobraturum se nummo aureo conductum fuisse ? Pomponius quoque admittit locationem seu venditionem ususfructûs uno nummo factam in *l. si ususfructus 66. ff. de jure dot. §. ult.*

1 Sed verissimè dictum est ab Ulpiano, nullam esse conductionem uno nummo factam, si rectè id accipiatur. Neque enim hoc intelligendum est de ea conductione, cujus justa merces sit nummus unus: sed de conductione prædii, vel domûs, vel cujuslibet rei, in qua nulla sit proportio nummi unius ad usum rei, qui in locatione conceditur. Tunc enim nummus ille non est merces locationis, sed dicis gratiâ intervenit ad fingendam simulandamque locationem, ut traditum est in *l. 4. ff. commodat.* Præterea lex illa non debet accipi de ea locatione, quæ urgente necessitate fit, ne Juris regulæ pervertantur, cujus locationis exemplum proponitur in laudata *l. si ususfructus 66. §. ult. ff. de jur. dot.* Est igitur id ab Ulpiano dictum de ea locatione, quæ est imaginaria, in qua nummus non mercedis causâ, nec ut satisfiat subtilitati Juris, sed simulandæ locationis causâ intervenit. Veluti si maritus uxori donaturus ei locet fundum, vel domum uno nummo *l. creditor 20. C. de donat. inter vir. &*

2 *uxor.* Paul. *lib. 2. Sentent. tit. 23. Inter virum & uxorem contemplatione donationis imaginaria venditio contrahi non potest.* Vel si alicujus decipiendi causâ locatio, aut venditio simuletur. *Nuda* enim *& imaginaria venditio pro non facta est, & ideò nec alienatio ejus rei intelligitur l. nuda ff. de contrah. empt.* cujus rei exempla proponuntur in *l. & qui sub imagine 10. C. de distract. pignor. in l. qui per collusionem 49. ff. de action. empt.*

3 Quod si quis non colludendi causâ, nec cujusquam decipiendi, sed animo donandi in iis causis, in quibus donatio non est interdicta, locationem, venditionem nummo uno contraxerit, licet contractus non valeat jure locationis, vel venditionis, valebit tamen jure donationis: ut in *l. 1. §. Divi Fratres ff. de quæstion.* & in *l. cum in venditione ff. de contrah. empt.* ubi Ulpianus ait, quod ille qui pretium statuit donationis causâ non exacturus non videtur vendere: non tamen negat valere contractum jure donationis, quæ hodie solâ conventione perficitur *l. si quis argentum C. de donat.* Itaque licet donationis causâ venditio, & locatio non contrahantur *l. sicut emptio ff. locat.* tamen nihil impedit valere donationem *l. empti in fin. C. de contr. empt.*

Atque hùc pertinent verba illa nostræ legis: *quia & hoc donationis instar inducit.* 4
hoc est, nummus ille qui præstatur in locatione, non est loco mercedis, sed instar donationis; sicut enim locator donat conductori usum rei locatæ: sic conductor donat nummum illum locatori. Donatio tamen est ex parte locantis, non conducentis, quia nummus qui à conductore præstatur, pro nihilo est. Cic. *ad Attic. lib. 5. ep. 21. Rationes conferatis: assidunt, subducunt, ad nummum convenit.* Et pro *Q. Rosc. Comœd. Hic tu si amplius sestertio nummo petisti, quàm tibi debitum est, causam perdidisti.* Et pro *Rabir. Ecquis est ex tanto populo qui bona C. Rabirii Posthumi nummo sestertio sibi addici velit.* Semper igitur pro re minima ponitur nummus sestertius. Et meritò: continebat enim duos asses cum semisse, unde dictus est *sestertius* quasi *semis tertius.*

Quamobrem Veteres cùm donationis causâ aliquid concedebant, id nummo sestertio addiebant. Valer. Max. *lib. 5. M. Cornuto Pratore funus Hircii, & Pansæ jussu Senatûs locante, qui tunc Libitinam exercebant, tum rerum suarum usum, tum ministerium suum gratuitum polliciti sunt; quia ii pro Rep. dimicantes occiderant: perseverantique postulatione extuderunt, ut exequiarum apparatus sestertio nummo ipsis præbentibus addiceretur.* Sueton. *in Cæsar. Bello civili super alias donationes amplissima prædia nummo addixit.* Vitruv. *lib. 1. cap. 4. in fin. M. Hostilius rationibus doctissimè quæsitis secundum mare mercatus possessionem loco salubri, à Senatu Populoque Romano petiit, ut liceret transferre oppidum, constituitque mœnia, & areas divisit; nummoque sestertio singulis municipibus mancipio dedit.* Vetus Inscriptio Urbis Romæ, quam affert doctissimus Cujac. *lib. 10,* 5

Observ. cap. 37. *Hoc monumentum L. Titutius Sabinus se vivo donavit L. Sanio Symphoro, mancipavitque sestertio nummo uno.* Quare in donationibus etiam Justiniani tempore solebant apponi verba illa *Sestertii nummi unius, assium quatuor*: vel ut Cujac. ex Basilicis emendat *sestertio nummo uno assium quatuor.* Tunc enim sestertius erat quatuor assium, ac verba illa significabant rem addictam fuisse nummo uno. Quæ verba tamquam superflua sustulit Justinianus *in l. ult. C. de donation.* Superflua autem erant ea ætate, quia non amplius erant in usu solemnes illæ mancipationes in donationibus necessariæ, maximè cùm donationem sola conventione consistere constituerit idem Justinianus in *l. si quis argentum C. de donat.*

6 Origo igitur addicendi res donatas nummo uno, est à veteri solemnitate mancipationis, in qua imaginaria venditio interveniebat, & ideò vel assis, vel nummus erat necessarius, qui imaginem pretii repræsentaret. Cajus *Instit. tit.* 6. *Mancipatio autem, hoc est, manu traditio, quadam similitudo venditionis est.* Boet. *in Topic. Ciceron. Mancipatio imaginaria quadam venditio est: quod ipsum Jus proprium Romanorum est Civium.* Varr. *lib.* 8. *de Ling. Lat. Pro assibus nonnumquam as dicebant Antiqui, à quo dicimus, assem tenentes: hoc are aneàque librà.* Erant hæc verba, quæ proferebat ille, qui rem accipiebat. Sed nemo clarius mancipationis solemnitatem explicat Cajo nostro *l.* 1. *Instit.* cujus verba refert Boetius *in Topicis.* Ejusdem Caji *lib.* 1. *Instit.* de nexu faciendo hæc verba sunt. *Est autem mancipatio, ut & suprà quoque indicavimus, imaginaria quadam venditio, quod ipsum Jus proprium Romanorum est Civium: eaque res ita agitur. Adhibitis non minus quinque testibus Civibus Romanis puberibus, & praterea alio ejusdem conditionis, qui libram aneam teneat, qui appellatur libripens; is, qui mancipium accipit, as tenens ita dicit. hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio: isque mihi emptus est hoc are, aneàque librà. Deinde are percutit libram: idque as dat ei, à quo mancipium accipit, quasi pretii loco.* Cùm autem ex lege duodecim Tabularum res alienari aliter non potuerit, nisi adhibità hac solemnitate mancipationis, ut testatur ibidem Boëtius, hinc frequentissimus usus hujus imaginariæ venditionis nummo uno, vel uno asse. Postea inventus est alter modus 7 solemnis, in Jure cessio, per quam pariter fiebat abalienatio, & dominium de jure Quiritium transferebatur. Cic. *in Topic. Abalienatio est ejus rei, qua mancipi est, aut traditio alteri nexu, aut in Jure cessio, inter quos ea Jure Civili fieri possunt.* Cessionis solemnia describit idem Boëtius. *Apud Magistratum Populi Romani, vel apud Pratorem, vel apud Prasidem Provincia is, cui res in Jure ceditur, rem tenens, ita vindicat: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio. Deinde postquam hic vindicaverit, Prator interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet: quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit*: idque legis actio vocabatur. Itaque etiam in donationibus res aut mancipabatur, aut addicebatur nummo sestertio; ut rei dominium de jure Quiritium transferretur in donatarium. Hinc Justinianus in Institutionibus donationem recenset inter modos acquirendi dominium de Jure Civili, & in §. *alia autem Instit. tit. de donat.* ait *& ad exemplum venditionis eas etiam in se habere necessitatem traditionis.* Sicut enim olim propter imaginariam venditionem donatio transferebat dominium de Jure Quiritium, & necessitatem continebat, quia donator nexu obligabatur: ita post sublatas imaginarias venditiones voluit Justinianus ad exemplum venditionis donationem continere necessitatem traditionis.

Porrò mancipationis, & imaginariæ illius 8 venditionis erat apud Veteres tam assiduus usus, ut nihil propemodum expediretur sine ea. Nam & testamenta per æs & libram fiebant, in quibus hæres defuncti substantiam emebat *princ. tit. Instit. de testam.* Et in emancipationibus liberorum interveniebant imaginariæ venditiones §. *praterea Instit. tit. quib. mod. jus patr. pot. solvit. l. ult. C. de emancip.* Et in adoptionibus *l. ult. C. de adoption.* Sueton. *in Augusto. Adoptavit &*

Lucium, & Caïum domi emptos per æs & libram à Patre. & denique in omni ferè alienatione rerum mancipi. Imò, & obligationes contrahebantur, & dissolvebantur. Varro *lib. 6. de Ling. Lat. Nexum Manilius Scribit, omne quod per libram, & æs geritur, in quo sint mancipi. Mucius Scævola: quæ per æs, & libram fiant, ut obligentur, præterquam, quæ mancipio dentur. Hoc verius esse, ipsum verbum ostendit de quo quæritur. Nam idem, quod obligatur per libram, neque suum fit, inde Nexum dictum.* Cic. *pro Murena. Quod si in iis rebus repetendis, quæ mancipi sunt, is periculum judicii præstare debet, qui se nexu obligavit.* Liv. *lib.* 6. de Marco Manlio, qui addictum liberavit. *Inde rem creditori palam Populo solvit, libráque & ære liberatum emittit.* Fest. Pomp. in voce *Nexum. Nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs, & libram geritur; idque necti dicitur, quo in genere sunt hæc, testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio. Nexum æs, apud Antiquos dicebatur pecunia, quæ per nexum obligatur.*

9 Juxta hunc usum imaginariarum venditionum introductum fuit, ut qui vellet aliquid donare, simularet venditionem, & locationem nummo uno factam privatim, & inter privatos; quo casu cùm non haberet animum locandi, aut vendendi, & cùm in venditione, & locatione non intervenirent ea, quæ sunt de earum substantia, nempè pretium, & merces, quia nummus ille dicis caussâ dabatur, utique non poterant consistere contractus venditionis, & locationis: Adeoque nulla erat venditio, nulla locatio.

10 Ex his constat futilem esse, & subtilem potius, quam solidam rationem illam, quam quidam magni Viri excogitarunt: quod merces consistere debet in pecunia numerata, nummus autem unus non est pecunia numerata, quia unitas non constituit numerum: hac enim ratione nec nummo aureo quicquam emi, aut conduci posset: licet enim nummus aureus contineat plures denarios, tamen, & nummus argenteus plures asses continet. At hoc dicere absurdum est. Quid? nonne assis minor est nummo sestertio? sestertius enim etiam antiquitùs duos asses cum semisse continebat. An igitur dicemus nullam fuisse emptionem, de qua Martialis:

Asse duos calices emit, & ipse tulit?

Quid? quàm multa sunt apud nos, quæ quadrante æstimantur, & quotidiè emuntur, ut poma, olera, & pleraque alia hujus generis? An igitur dicemus harum rerum nullam esse venditionem, quia pretium debet consistere in pecunia numerata, & hoc est de substantia emptionis *l. pacta conventa ff. de contr. empt.* in quadrante autem non consistat pecunia numerata? Certè si pecunia numerata non consistit in nummo uno: multò minus consistet in uno quadrante, qui decima pars est unius nummi. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. *M. Varro auctor est cùm L. Metellus in Triumpho plurimos duxit Elephantos assibus singulis farris modios fuisse, item vini congios, ficique siccæ pondo triginta; olei pondo decem; carnis pondo duodecim.* Refert idem Plin. *lib.* 15. Anno Urbis conditæ 505. Appio Claudio Cæci Nepote & L. Junio Coss. olei libras duodenas assibus venisse. Narrat & Plutarcus in Lucullo, mancipium quatuor drachmis, bovem unâ, cætera pari vilitate fuisse, cùm Lucullus victo Mithridate prædas è Ponto egit. Polybius *lib.* 2. de fertilitate Galliæ Cisalpinæ narrat suis temporibus in ea Regione viatores nihil cum diversore aut hospite pacisci solitos, sed benè, & lautè habitos solvisse dimidiatum assem. Solonis tempore Athenis ovis unâ drachmâ vendebatur, ut refert Plutarch. in Solone: *vinum tricotylum* apud Hesychium dicitur, cujus tres cotylæ obolo venibant. Num igitur harum rerum nulla erat emptio, & venditio, eâ subtili ratione, quia unitas non est numerus, sed principium numeri?

Præterea potest donationis causâ pretium minui, neque hoc repugnat substantiæ emptionis; quia etsi de ejus substantia sit pretium in pecunia numerata *l. pacta conventa ff. de contr. empt.* tamen de substantia emptionis non est, ut pretium sit justum; quantitas enim pretii omninò pendet à voluntate contrahentium, 11

contrahentium, quorum conventione in hoc contractu pretium definitur, quod augetur minuiturve pro affectu, commoditate & sagacitate contrahentium. *l. in causa* 16. §. *idem Pomponius ff. de minor. l. item si pretio* 22. *in fin. & l. seq. ff. loc. l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vend.* Itaque venditio viliori pretio facta donationis causâ subsistit. *l. si*
12 *quis donationis* 38. *ff. de contr. empt.* Eademque ratione valere debet & locatio, si minore mercede fiat donationis caussâ, cùm eædem regulæ locum habeant in locatione, quæ in venditione. *princ. tit. Inst. de locat.* Finge igitur aliquem solitum locare operam suam duobus, aut tribus nummis, & donationis causâ viliori mercede locare, nem-
13 pè uno nummo: an non valebit locatio? Ut enim venditio seu locatio non subsistat, necesse est universam venditionem donationis causâ factam esse, ut ait Ulpianus in d. *l. si quis donationis ff. de contr. empt.* Idcircò in nostra *l. si quis conduxerit ff. locat.* rectè air JC. *quia & hoc donationis instar inducit.* Nempè quia ut irrita sit locatio, necesse est ut etiam nummus ille, qui loco mercedis esse deberet, donationis instar inducatur, ut initio exposuimus. Ita enim fiet ut universa locatio donationis causâ facta sit. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. *Minutius Augurinus, qui Sp. Melium coarguerat, farris pretium in trinis nundinis ad assem redegit, qua de causâ statua ei extra portam Trigeminam à Populo stipe collatâ statuta est. Trebius in Ædilitate assibus Populo frumentum præstitit, quam ob causam & ei statuæ in Capitolio, ac Palatio dicatæ sunt: ipse supremo die Populi humeris portatus in rogum est.* En diminutio pretii donationis caussâ. Quare eleganter idem Plin. *ibid. Manius Marcius Ædilis Plebis primùm frumentum Populo in modios assibus donavit.*

CAPUT XXX.

Ad princip. tit. Instit. de servit. prædior.

SUMMARIUM.

1 *Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum, vel vehiculum agendi.*
2 *Qui iter habet, potest non solum pedes, sed etiam equos commeare, & insuper sellâ lecticâve gestari.*
3 Basterna *apud Veteres erat ea, quam nos lecticam appellamus.*
4 Burdones *sunt muli ex Equo & Asina.*
5 *Basternis sola Matrona portabantur.*
6 *Lectica & sella gestatoria non à jumentis portabatur; sed à servis, eorum cervicibus imposita.*
7 *Ad sepulchrum iter, non actus constituebatur, quia mortui feretro, & sandapilâ efferebantur, quibus simillima erat lectica.*
8 *Jacentes in lectica portabantur; ideò* lectica *à* lecto *dicta est; & sæpè* cubile, torus, grabatum *appellatur; sedentes verò portabantur in sella gestatoria.*
9 *Servi qui lecticam aut sellam ferebant,* lecticarii *vocabantur.*
10 *Tot sunt stipulationes, quot res in stipulationem deductæ, sed stipulatio lecticariorum una est.*
11 *Lecticæ ampliores ab octo servis portabantur, &* Octophora *dicebantur; quadam verò ferebantur à sex, &* Hexaphora *appellabantur; plerumque tamen à quatuor ferebantur;* sella *etiam à duobus, nam multò brevior erat.*
12 Carrucæ *dissimiles erant lecticis, licet in lecticis etiam dormirent Veteres, & Scævola mentionem faciat* Carrucæ dormitoriæ.
13 Carruca *dormitoria quomodo constructa esset.*
14 *Quanta esse debeat latitudo Itineris, Actûs, Viæ. In servitute itineris constitui potest latitudo, ut quis equo vehi non possit, dummodo eâ pedes ire possit; ita pariter in servitute Actûs ea latitudo, ut vehiculum eâ inire non possit, dummodo tamen jumentum agi possit.*

Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum, vel vehiculum agendi. 1
princ. tit. Inst. de servit. præd. l. 1. *in princ. ff. de servit. præd. rustic.* Potest tamen ille, 2
qui Iter habet, non solum pedes, sed etiam eques commeare, *l. inter Actum* 12. *ff. eod. tit.* &, quod magis est, etiam sellâ, lecticâve gestari, quia hic ire, non agere dicitur *l. qui sella* 7. *ff. eod. tit.* Explicanda sunt hæc paulò accuratius, quam à nostris Interpretibus fieri soleat. Etenim apud nos lecticæ à mulis, ac burdonibus portantur; & qui lecticâ gestatur, vehiculum agit, quia nostra lectica vehiculi genus est, & à jumentis portatur. Itaque inter se pugnare videntur illæ leges, sed non ita est, ut modò demonstrabimus.

Quas nos lecticas vocamus, Veteres dicebant *Basternas*. A *basto* dictæ Basternæ, 3

baſtum enim Græci dicebant, quiequid erat ferendo, ut notavit doctiſſimus Salmaſius ad Lampridii Heliogabalum, quo nomine nos clitellas vocamus. Baſternam deſcribit vetus epigramma à Viris doctis hanc in rem prolatum.

Aurea Matronas claudit Baſterna pudicas,
Quæ radians latum geſtat utrumque latus:
Hanc geminus portat duplici ſub robore burdo,
Provehit, & modico pendula ſepta gradu.

Iſidor. *orig. lib.* 20. *cap.* 12. *Baſterna, vehiculum itineris, quaſi via ſterna mollibus ſtramentis eſt poſita, à duobus animalibus deportatur.* Ad hanc referendus eſt textus in *l. item* 49. *in princ. ff. de legat.* 3. *Item legato continentur mancipia, putà lecticarii, qui ſolam matremfam. portabant; item jumenta, vel*
4 *lectica, vel ſella, vel Burdones. Burdones* ſunt muli ex equo, & aſina, Iſidor. *lib.* 12. *cap.* 2. *In animantibus bigenera dicuntur, quæ ex diverſis naſcuntur, ut mulus ex equa, & aſino: burdo ex equo, & aſina.* Itaque burdones in ea lege ſunt muli ad Baſternam. Continentur autem in legato, in quo uxori relicta ſunt ea, quæ ipſius cauſâ parata ſunt, quia hoc legatum comprehendit ea omnia, quæ magis uxoris, quam communis, ac promiſcui uſûs cauſa parata ſunt *l. hoc legatum*
5 45. *ff. de legat.* 3. Baſternis autem ſolæ Matronæ portabantur, ut conſtat ex ſuperiori epigrammate, & aliis Scriptoribus, apud quos nuſquam mentio hominum in Baſternis, ſemper Matronarum. Ammian. Marcell. *lib.* 14. *Matronæ complures opertis capitibus, & Baſternis per latera Civitatis cuncta diſcurrunt.* Vetus Interpres Juvenalis. *Baſterna, vehiculum unde ſpeculabantur Matronæ.*

6 Lectica autem apud Veteres non à jumentis portabatur, ſed à ſervis, eorum cervicibus impoſita. Senec. *epiſt.* 49. *Non turba ſervorum lecticam tuam per itinera urbana, ac peregrina portantium.* & *epiſt.* 111. *Cohors culta ſervorum lectica formoſis impoſita calonibus.* & *lib.* 3. *de benefic. cap.* 4. *Quo tandem ab iſtis gerulis raperis, cubile iſtud tuum circumferentibus.* Plin. *ad Trajan. Illos ergò humeri, cervicesque ſervorum ſuper ora noſtra: te fama, te gloria, te Civium pietas, te libertas ſuper ipſos Principes vehunt.* Clemens Alexandr. *Pædag. lib.* 3. *cap.* 4. οἱ δὲ τὰ φορεῖα εἰς ὕψος αἴροντες τῶν γυναικῶν φοράδην βαστάζοντες κελτοὶ πολλοί.

Multi Germani lecticas mulierum in altum tollentes, & cum impetu bajulantes.

Sella quoque geſtatoria à ſervis portabatur eodem modo. Claud. *in* 4°. *Conſul. Honorii.*

Portatur juvenum cervicibus aurea ſedes.

Juvenal. *Satyr.* 9.

——— & duo fortes
De grege Mæſorum, qui me cervice locata,
Securum jubeant clamoſo inſiſtere Circo.

Et paſſim occurrunt Poëtarum teſtimonia.

Quamobrem cùm neque lectica, neque ſella à jumentis veheretur, ſed ſervorum humeris portaretur, rectè dixit Juriſconſultus in *l. qui ſella* 7. *ff. de ſervit. ruſt. præd.* eum, qui ſellâ, aut lecticâ vehitur, ire, non agere: rectèque conſtitutum eſt, cum qui Iter habet, poſſe lecticâ, ſellâve ferri: hîc enim neque jumentum agit, neque vehiculum. Quare & ad ſepulchrum Iter conſtitui ſolebat, 7
non Actus *l. ſervitutes prædiorum* 14. §. 1. *ff. de ſervitut.* Mortui enim feretro, & ſandapilâ efferebantur, cui ſimillima erat lectica. Itaque apud Gellium *lib.* 10. *cap.* 3. bubulcus ille, cùm Legatum lecticâ ferri videret, per jocum interrogavit, num mortuum ferrent. Et argutè jocatur Martial. *lib.* 2. *epigr. in Zoilum.*

Laxior Hexaphoris tua ſit lectica licebit,
Dum tamen hæc tua ſit, Zoile, ſandapila.

Jacentes enim, & cubantes in lectica portabantur. Cic. *in Verr. lib.* 4. *Artagathum, & argentum in lectica cubans ad mare infrà Oppidum expectabat. Lectica* enim à *lecto* dicta eſt, & ſæpè *cubile, torus, grabatum* vocatur. Seneca *de benefic. lib.* 3. *cap.* 4. *Quo tandem ab iſtis gerulis raperis, cubile iſtud tuum circumferentibus?* 8

Ovid. *lib.* 1. *de arte amandi.*

Interea ſive illa toro reſupina feretur,

Lecticam domina dissimulanter adi.

Catull. *Epigram.* 10.

Fultum qui veteris pedem grabati
In co'lo sibi collocare posset.

Et in hoc præcipuè differebat à sella gestatoria, quod in hac sedentes portarentur, ut à Viris doctis est observatum, quos tamen præterfugit Senecæ locus *de brevit. vit. Audio quemdam ex delicatis, cùm ex balneo inter manus elatus, & in sella positus esset, dixisse interrogando: jam sedeo?*

9 Servi autem, qui lecticam, aut sellam ferebant, vocabantur *lecticarii*, quorum sæpissimè fit mentio à Latinis Auctoribus, & à nostris Jurisconsultis non rarò, cùm de legatis agunt, ut in *l. item* 49. *in princ. ff. de legat.* 3. *in l. si ex toto* 8. §. *ult. ff. de legat.* 1. *in l. peculium* 65. *in princ. ff. de legat.* 2. *in l. servis* 99. §. *servis ff. de legat.* 3. *in l. uxori* 13. *in fin. ff. de aur. & argent. legat. & in l. scire debemus* 29. *in princ. ff. de verb. obl.*

10 In his legibus duo sunt animadversione digna. Primum, quod licèt tot sint stipulationes, quot res in stipulationem deductæ, tamen stipulatio lecticariorum una est *d. l. scire debemus ff. de V. O.* considerantur enim tamquam unum corpus, sicut quadriga.

11 Alterum est quod in *l. si ex toto* 8. §. *ult. ff. de legat.* 1. proponuntur legati octo lecticarii. Et rectè; ampliores enim, & laxiores lecticæ ab octo servis portabantur, & *Octophorum* dicebatur hæc lectica. Martial.

Octo Syris suffulta datur lectica puellæ.

Cicer. *in Verr. Lecticâ Octophoro ferebatur, in qua erat pulvinus pellucidus Melitensi rosâ fartus.* Sueton. *in Calig. Iter confecit modò festinanter, & rapidè, interdum adeò segniter & delicatè, ut Octophoro veheretur.* Pleni sunt Poëtarum libri. Aliquando ferebatur à sex servis, & dicebatur *Hexaphorum*; plerumque à quatuor: sella etiam à duobus, nam multò brevior erat. Juven. *Satyr.* 9.

——— *& duo fortes*
De grege Mæsorum, qui me cervice locatâ,
Securum jubeant clamoso insistere Circo.

12 Lecticis similes fuisse Carrucas existimare quis possit. Etenim in *l. in commodato* 17. §. *duabus ff. commod.* nominantur lecticæ & Carrucæ. & in *l. uxori* 13. *in princ. ff. de aur. & arg. leg.* Scævola mentionem facit Carrucæ dormitoriæ: atque in lecticis quoque dormisse Veteres certum est. Juven. *Sat.* 3.

Namque facit somnum clausâ lectica fenestrâ.

Et *Satyr.* 1.

Profer Gallæ caput; noli vexare, quiescit.

Et *Satyr.* 3.

— *ingenti curret super ora liburno,*
Atque obiter leget, aut scribet, vel dormiet intus.

Sed non ita se res habet. Lectica enim servorum humeris ferebatur, ut diximus, Carruca à mulis vel mulabus; ut constat *ex d. l. uxori* 13. Paul. *lib.* 3. *sentent. tit.* 7. *Carruca cum junctura legata, mula quoque legata, nec non mulio videtur, propter quotidianam loquendi consuetudinem.* hinc mulæ carrucariæ, apud Ulpianum in *l. Ædiles* 38. §. *quæsitum ff. de Ædilit. Ed. ct.* & muliones in urbano ministerio esse dicuntur à Paulo in *l. servis* 99. §. *muliones ff. de legat.* 3. *& in d. lib.* 3. *sent. cap.* 7. Prætereà lecticæ portabantur, Carrucæ quatuor rotas habebant, ac denique in lectica cubabant, ut diximus, in Carruca sedebant. Capitol. *in Maxim. Per publicum veniente vehicu'o Antonini Caracalli quod vacuum erat, conscendit, & sedit, & vix ægrèque à mulionibus carrucariis deturbatus est.*

Dormitoriam igitur Carrucam apud Scævolam *in d. l. uxori.* non dissimilem aliis fuisse existimo, sed tamen ita constructam, ut sublatâ sellâ jacere in ea, & cubare posset, qui vehebatur, ut fieri solet in nostris lecticis, in quibus gestamur sedentes; sunt tamen quædam, quibus ad deferendos ægrotos utimur, in quibus jacemus sublatâ utrimque sellâ. 13

Ad lecticas, & ad servitutem Itineris revertamur, de qua id tantùm subjungam, Iter angustius, quàm par est, à quibusdam definiri, itemque Actum. Fest. *Actus, Iter inter vicinos quatuor pedes latum.* Si Viæ latitudo est octo pedum, *l. Via* 8. *ff. de servit. rust. præd.* Actûs autem latitudo est quatuor pedum; utique latitudo Itineris subductâ ra- 14

tione erit duorum pedum, quâ vix pedes ire potest, nedum equo, aut lecticâ, sellâve gestari. Lecticam enim gestabant servi asseribus in transversum insertis, ac proindè semitæ angustiis fuissent impediti, Martial. *lib.* 4. *epigr. in Cæcilian.*

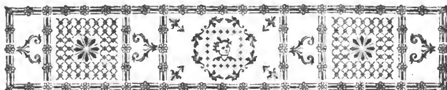
Ingenti latè vectus es Hexaphoro

Et *lib.* 2. *epigr. in Zoilum.*

Laxior Hexaphoris tua sit lectica licebit.

Magnam hæ sellæ lecticæque desiderant Viæ latitudinem ut transferri possint. Itaque rectè Jurisconsulti nostri nullam certam latitudinem Actui, atque Itineri præscripserunt *l. certo generi* 13. §. *latitudo ff. de servit. præd. rustic.* Et Varro multò rectiùs, quàm Festus id definivit. *Actûs finis minimus constitutus in latitudinem pedes quatuor, quod eâ quadrupes agitur.* rectè dixit, *finem minimum*: potest enim latior constitui, non minor. Potest enim in Actu constituendo tam angusti loci demonstratio fieri, ut eâ vehiculum inire non possit, dum tamen jumentum eâ duci possit, *l. si tam angusti* 13. *ff. de servit.* Veluti si fiat demonstratio quatuor pedum, quâ jumentum agi poterit, non autem vehiculum, ut innuit Varro d. loco. Est autem hic finis minimus, quia si angustior locus designaretur, per eum agi non posset jumentum, & servitus Itineris, non Actûs esset, constituta *d. l. si tam angusti.* Quod de actu dixi, de Itinere dicendum est. Non poterit in Itinere angustior locus duorum pedum definiri, quia nec pedes posset per eum ambulare. Loco autem tam angusto designato rectè constituta erit servitus Itineris, etsi neque equo, neque lecticâ, aut sellâ possit commeare *argum. d. l. si tam angusti & l. Via* 13. *in princ. ff. de servit. præd. rust.* At si nihil in constituenda servitute sit definitum, ab Arbitro loci latitudo præscribenda erit *l. certo generi §. latitudo ff. de servit. rust. præd.* & quidem, ut arbitror, tanta, ut eâ possimus lecticâ etiam, ac sellâ ferri, cùm hoc jus habeamus Itineris servitute constitutâ, *l. qui sella ff eod.* Non tamen tanta, ut Hexaphoro, aut Octophoro feramur, servitute enim civiliter uti debemus *l. si cui simplicius* 9 *ff. de servit.* Notabantur autem à Veteribus tamquam molles, ac delicati, qui Hexaphoro, vel Octophoro gestabantur.

FINIS.



JOSEPHI AVERANII,

Jurisconsulti & Antecessoris,

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBER SECUNDUS.

CAPUT PRIMUM.

AD LEG. CONSUETUDINIS II.

C. quæ sit longa consuet.

SUMMARIUM.

1 *Consuetudo tam apud Athenienses, quàm apud Veteres Romanos semper legi derogavit. Probatur id Veterum Scriptorum testimonio, & exemplis.*

2 *Confirmatur ex frequenti legum tùm confirmatione, tùm revocatione.*

3 *Explicatur* l. 2. C. quæ sit longa consuet. *& nova affertur interpretatio: adde num. 9.*

4 *Tam consuetudo, quàm lex priorem legem abrogat, non quod potentior sit, sed quia posterior.*

5 *In hypotheca plurium dotium tempus attenditur.*

6 *Item in testamentis, in quibus posterius prævalet.*

7 *Item in datione tutorum; in legatis; in conditionibus: excipitur tamen quoad conditionem institutio, & legatum libertatis.*

8 *Posteriora derogant prioribus. Probatur id pluribus exemplis, & quid Juris in contractibus.*

CONSUETUDINE posteriore priorem legem abrogari dubitandum non est. Nam præter argumenta, quibus id ab Interpretibus nostris demonstratur, constat apud Romanos numquam aliter observatum fuisse. Origo Juris Romani præcipuè ducta est ab Atheniensibus, apud quos
1 consuetudine leges abrogabantur. Gell. *lib.*
11. *cap.* 18. *Ejus igitur leges quoniam videbantur impendio acerbiores, non decreto jussoque; sed tacito, illiteratoque Atheniensium consensu obliterata sunt.* Itaque, & apud Romanos eadem erat consuetudinis auctoritas. Liv. *lib.* 45. *quas ne usus quidem longo tempore (qui unus est legum corrector) experiendo argueret.* Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. *Passus est enim* (Pop. Romanus) *leges istas de tam immodico supplicio situ, atque senio emori*; & *lib.* 2. *cap.* 24. *Postea L. Sylla Dictator, cùm legibus istis senio, atque situ obliteratis plerique in patrimoniis helluarentur* &c. Quintil.

lib. 3. *cap.* 6. *Ut in duodecim Tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit.* Tacit. *lib.* 6. *Annal. Interea magna vis accusatorum in eos irrupit, qui pecunias fœnore auctitabant adversum legem Dictatoris Cæsaris, quâ de modo credendi, possidendique intra Italiam cavetur, omissam olim, quia privato usui bonum publicum postponitur.* Macrob. *lib.* 3. *cap.* 17. *Dehinc paucis interjectis annis, alia lex pervenit ad Populum ferente Antio Restione, quam legem, quamvis esset optima, obstinatio tamen luxuriæ, & vitiorum firma concordia nullo obrogante irritam fecit.* Quamobrem
2 de eadem re multas leges variis temporibus rogatas fuisse accepimus, non alia de causâ, quàm propter consuetudinem, quâ priori legi fuerat derogatum, ut novâ lege opus esset ad tollendam consuetudinem, revocandamque legem contrariâ consuetudine sublatam. Macrob. *d. lib.* 3. *Saturn. cap.* 17. *In ea enim ferenda quæsita est nova legis autoritas, exolescente metu legis antiquioris. Ita hercules, ut de duodecim Tabulis factum est, quarum ubi contemni antiquitas cœpit, eadem illa, quæ illis legibus cavebantur in alia Latorum nomina transferunt.* Itaque cùm Lex duodecim Tabularum, quâ sancitum erat, ne quis unciario fœnore amplius exerceret, consuetudine fuisset abrogata, novâ lege opus fuit ad ipsam revocandam anno Urbis 398. & de hac re actum sæpissimè à Plebe, cùm nulla tam firma lex esset, quæ contrariâ consuetudine non abrogaretur. Livius *lib.* 7. Corn. Tacit. *lib.* 6. *Annal.* & copiosè Appian. *lib.* 1. *Bell. Civil.* sic etiam Ti. Sempronius Gracchus anno Urbis 520. renovavit legem C. Licinii Stolonis latam anno 377. quâ cavebatur, ne quis plus quingentis agri jugeribus possideret. Sic lex Sempronia primùm à Ti. Sempronio Graccho Trib. Pleb. lata, deinde renovata est à Cornelio Sulla Dictatore, & postmodum à C. Julio Cæsare, quâ cautum erat, ut per actuarios limites populo jus eundi esset, sicut per viam publicam. Plura exempla prætermitto, ex his enim satis constare arbitror, apud Romanos tantam vim fuisse consuetudinis, ut & priorem legem tolleret, & ipsa nonnisi posteriore lege tolleretur.

Contrarium tamen videtur constitutum in *l. consuetudinis* 2. *C. quæ sit longa consuet. Consuetudinis, ususque longævi non vilis autoritas est, verum non usque adeò sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.* Sed non 3
est ita, si verba legis accuratè perpendantur. Observanda sunt illa verba, *sui momento*, quæ non temerè ab Imperatore sunt adjecta Constitutioni. Consuetudo abrogat priorem legem; non tamen eam vincit *sui momento*, suis viribus, propriâ naturâ. Utrumque verissimum est; neque sunt hæc contraria. Consuetudo naturâ suâ, suisque viribus, & proprio momento non est potentior lege, 4
sed omninò par; itaque eam non vincit, sed tamen ipsi derogat, ipsamque tollit. Sed quomodò eam tollit? non quia sit potentior, suoque momento eam vincat; sed quia est posterior. Lex vincit legem non propriis viribus, non ratione sui momenti; sed ratione temporis, & mutationis voluntatis. Modestin. in *l. ult. ff. de Constit. Princ. αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσίν. Posteriores constitutiones potiores sunt his, quæ eas præcesserunt.* Cicer. *de Invent. lib.* 2. *Deinde considerando utra lex posterius lata sit: nam postrema quæque gravissima.* Liv. *lib.* 9. *Ubi duæ contrariæ leges sunt, semper antiquam abrogat nova.* Quemadmodum igitur in legibus non est considerandum proprium ipsarum momentum, ut sciamus utra alteram abroget, quia omnes eamdem vim habent, cùm eadem autoritate sanctæ sint; sed considerandum est utra sit posterior: sic quando lex pugnat cum consuetudine, considerandum est, utra posterior sit, nam cùm idem sit utriusque momentum, nec altera alteram vincere possit vi propriâ, potior, & gravior erit posterior. Quamobrem si lex posterior sit consuetudine, lex tollet consuetudinem: contrà si consuetudo posterior sit, legem tollet, non suo momento, sed ratione temporis.

Exemplis rem explicabo. Uxori concessa est hypotheca pro dote cum privilegio prælationis *l. assiduis C. qui pot. in pign.* Finge

concurrere duas uxores in repetenda dote, ut in *Auth. ut exact. instant.* 91. utraque uxor par habet privilegium, æquale est utriusque robur, neque vi atque momento sui privilegii altera alteram vincere potest,
5 ut ait Justin. *in d. Auth. cap. 1. vers. & dotem &c. non potest dotem præponere doti, nec hypothecam hypothecis.* Sed tamen prior uxor præfertur posteriori *d. Auth.* Qua de causa præfertur? non vi, & momento sui privilegii, sed ratione solius temporis *d. Auth. & Auth. de æqual. dot. 97. cap. 3. vers. si qua mulier.*

Aliud sit exemplum in testamentis. Testamentum naturâ suâ non est potentius alio tes-
6 tamento, cùm iisdem solemnitatibus utrumque perfectum sit. Prius tamen testamentum posteriori rumpitur *§. posteriore Instit. tit. quib. mod. testam. infirm. l. 2. l. cum in secundo. ff. de injust. rupt. l. hac consultissimâ. §. si quis autem & l. sancimus C. de testam.* non qu a hoc sui momento vincat prius, eoque sit naturâ suâ potentius; sed quia posterius est. Itaque si duo extent testamenta, nec constare possit utrum sit prius aut posterius, aut utrumque valebit, aut, quod verius videtur, neutrum subsistet. Sublatâ enim ratione temporis, quâ fit, ut posterius prævaleat priori, utrumque habet æquales vires, utrumque æqualia momenta, ac proindè alterum ab altero vinci non potest, & vel utrumque valere debet, vel neutrum, argumento text. in *l. duo sunt Titii.* & ibi gloss. *ff. de testam. tut. l. eum qui 51. in princ. ff. de acquir. vel om. hær.* & ibi gloss. & passim *DD.* eadem est ratio legatorum & fideicommissorum *l. clari C. de fideicom. l. si mihi 12. §. in legatis ff. de legat. 1.* & dationis tuto-
7 rum *l. si hæreditas §. 1. ff. de testam. tut.* item conditionum adjectarum; novissima enim prævalet priori, præterquam in institutione hæredis, & in legato libertatis *l. tutor datus §. ult. ff. de testam. tut. l. quod traditum 87. cum duab. seq. l. sub diversis, & l. levissima ff. de condit. & dem.* imò & in legato liber-
8 tatis datæ per fideicommissum posterior scriptura servanda est *l. per fideicommissum 90. ff. eod.* hæc autem non alia de causa constituta sunt, nisi quia posteriora derogant prioribus *l. Divi 6 §. licet ff. de jure codicill. d. l. per fideicommissum 90. ff. de condit. & dem.* Neque enim prævalent prioribus sui momento, quod majori solemnitate confecta sint, sed ratione solius temporis, & mutatæ voluntatis. Eadem de causa etiam pacta novissima derogant prioribus *l. pacta novissima 12. C. de pact. l. si unus §. pactus ne peteret ff. de pact.* Item contractus *l. si quis ante 10. in princ. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. pacta conventa 72. ff. de contrah. empt.* Alia exempla peti possunt ex *l. quod jussit ff. de re judic. ex l. si quis cum procuratorio 31. §. ult. ff. de procurator. ex l. in duobus §. ult. ff. de jurejuran. ex c. cæterum. de rescript. l. si mater C. ne de statu defunct. ex l. illud sciendum ff. de peric. & com. rei vend. & l. si servum 91. §. sequitur ff. de V. O.*

Ex his constat quid de consuetudine sit existimandum. Si consuetudinem suo momento velimus ponderare, legem non vincet, sicut nec à lege vincetur: paria enim sunt momenta legis, & consuetudinis *l. de quibus §. inveterata ff. de legibus.* Derogat tamen legi, si posterior sit; quia quoties duo sunt actus pendentes à voluntate alicujus, ejusdem momenti, ac roboris, si uterque valere non possit, posterior derogat priori, ut constat ex his, quæ diximus. In contractibus tamen in quibus utriusque contrahentis consensus est necessarius, utriusque pariter consensus requiritur, ut posterior priori præferatur *§. ult. Inst. tit. quib. mod. toll. oblig. d. l. pacta conventa.* alioqui prior posteriori præfertur, non tamen ratione temporis, sed suo ipsius momento. Qua propter huic sententiæ de consuetudine legem abrogante non repugnat *d. l. 2. C. quæ sit longa consuet.* quia ibi solum agitur de vi propria, proprioque momento consuetudinis, quod si consuetudo legem vinceret, non solum tolleret priorem legem, sed etiam posteriorem: itaque in ea lege rectè negatur consuetudinem adeò sui momento valituram, ut vincat legem.

CAPUT II.

AD L. SI IN EMPTIONE XXXIV.

In princ. ff. de contr. empt.

SUMMARIUM.

1 *Error in re de qua contrahitur, vitiat omnem contractum.*
2 *Error contrarius consensui.*
3 *Error in accessione non vitiat contractum in re principali.*
4 *Nec in ipsa accessione.*
5 *Loca Sacra per accessionem vendi possunt.*
6 *Contractus quoad formam sunt individui.*
7 *Ambigua pacta contra quem interpretanda? & n. 10.*
8 *Quid sit ambiguum? & n. 25. 26. & 27.*
9 *Cujacii emendatio.*
10 *Communis Pragmaticorum sententia. Rejicitur n. 11. & seqq.*
11 *Cur ambigua pacta noceant venditori.*
12 *Ex pactis venditioni adjectis sæpè venditor obligatur.*
13 *Contra venditorem fit interpretatio, etiamsi ipse ex pacto obligetur.*
14 *Proponitur ac refellitur communis Eruditorum interpretatio.*
15 *Pacta venditioni à venditore adjiciuntur.*
16 *Aliquando ab emptore, sed hic interponebat stipulationem.*
17 *In stipulatione verba ambigua contra stipulatorem interpretamur.*
18 *Pactum de accessione rei interponebatur à venditore.*
19 *Revardi conjectura proponitur, ac rejicitur.*
20 *Emptionis & venditionis nominibus promiscuè Veteres utebantur.*
21 *Tam nomen emptionis quam nomen venditionis totum contractum significat.*
22 *Actiones empti, & venditi in Jure nostro sæpè confunduntur, & altera pro altera accipitur.*
23 *Modus fundi venditi à venditore dicitur.*
24 *Error ad ambigui controversiam non pertinet, & aliud est error, aliud ambiguum.*
25 *Error vitiat contractus, non ambiguum.*
26 *Non est ambiguum ubi apparet voluntas contrahentium.*
28 *In obligatione generis, vel alternativa debitoris est electio.*
29 *Explicatur* l. comprehensum ff. de contr. empt.
31 *Affertur ratio cur præstandus sit Stichus, quem venditor intellexit, non quem eligit.*

PAulus ait. *Si in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum servum, neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cùm de alio emptor, de alio venditor senserit: nihilòminus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit.* Duo sunt in hac lege explicanda. Primum cur valeat venditio. Præterea cur potius præstandus sit ille Stichus, quem venditor intellexerit, quàm ille, quem intellexerit emptor.

Primùm igitur dubitari potest, cur valeat
venditio. Etenim satis constat inter omnes
errorem in re, de qua contrahitur, vitiare
tùm emptionem *l. in venditionibus 9. in princ.* 1
ff. h. t. tùm stipulationem *l. inter 83. §. 1. l.*
continuus 137. §. 1. ff. de V. O. tùm omnes
alios contractus *l. in omnibus rebus 55. ff. de*
oblig. & act. Quia nullus potest esse contrac-
tus sine conventione, & consensu utriusque
d. l. in omnibus, & l. 1. §. conventionis ff. de
pact. error autem consensui contrarius est *l. si* 2
per errorem 15. ff. de jurisd. om. Jud. l. 2. ff.
de judic. l. sed hoc ita 20. ff. de aq. & aq.
pluv. arc. l. regula 9. ff. de Jur. & fact. ig-
nor. Hinc erroris fidejussionem nullam esse
respondit Paulus in *l. si quis postquam. in fin.*
ff. de fidejuss.

Sed tamen verissima est Pauli sententia in
hac lege, & communis omnium interpreta-
tio. Si erratum fuisset in fundo, qui prin-
cipaliter venibat, venditio non valeret, quia
error eam vitiaret: sed de fundo convenit,
& fuit erratum in Sticho, qui vendebatur
per accessionem. Itaque valere debet tùm
emptio fundi, tùm emptio Stichi. Valet em-
ptio fundi, quia in fundo consensum est:
nec potest infirmari emptio fundi per erro- 3
rem, quo erratum est in accessione. Sicut
enim per accessionem non confirmatur prin-
cipale, *l. quod per manus ff. de jure cod. l.*
sed si paterfam. in princ. ff. de Senatusc. Ma-
ced. ita nec infirmari potest. Neque consen-
taneum est, ut accessio, quæ vires capit à
re principali, vires ejus infringat, & labe-
factet. Cùm igitur valeat emptio fundi, va-
let etiam emptio Stichi. Accessio enim cedit 4
rei principali, ejusque naturam, & robur
induit *l. nihil dolo 129. §. 1. l. cùm principa-*
lis 178. ff. de Reg. Jur. c. accessorium. de Reg.
Jur. in 6. l. cùm aurum 19. aliàs l. etsi §. per-
veniamus

veniamus l. v stis 23. §. *vestimentorum ff. de aur. & arg. leg.* Et sicur quando non subsistit amplius causa principalis, nec accessio locum habet *d. l. cùm principalis*, *& l. eos* 26. *in princ. C. de usur. l.* 4. *C. depos. l.* 6. §. 1. *ff. de leg. commiss. l. proindè* 35. §. *ult. ff. de Ædil. Edict.* ita quoties debetur res principalis, debetur etiam id, quod rei principali accessit: *d. l. proindè §. ult. ff. de Ædil. Edict. l quòd si nolit.* §. *illud planè ff. eod. l. cùm aurum § perveniamus ff. de aur. & arg.* Nam omnia, quæ dicuntur de venditione rei principalis, dicenda sunt etiam de ea re, quæ venit per accessionem *l. ex empto* 11. *alias l. emptorem* 12. §. *si quis rem ff. de act. empt.* quoniam res principalis rapit secum accessionem *l.* 4. *in princ. ff. de pen. legat.* Itaque non solùm vitium accessionis non influit in rem principalem; sed ab ipsa quodammodo purgatur, atque diluitur. Exem-
5 plum esto. Loca Sacra, ac Religiosa cùm nullius sint in bonis §. *nullius Inst. tit. de rer. divis.* emi vendique non possunt §. *loca sacra Inst. tit. de contr. empt. l. si in emptione* 34. §. 1. *& l. hanc legem* 22. *in fin. ff. de contr. empt.* Verùm tamen si non specialiter vendantur, sed emptioni alterius rei accedant, valet eorum venditio, & ad eas petendas emptori datur actio ex empto *l. hanc legem* 22. *cum duabus seqq. ff. de contrah. empt.* Et errat Ant. Fab. qui contrà sentit. Tacit. *Lib.* 1. *Annal. propè fin. Falanio objiciebat accusator, quòd venditis hortis, statuam Augusti simul mancipasset &c. Quæ ubi Tiberio notuere, scripsit Consulibus &c. Nec contra religiones fieri, quod Effigies ejus, ut alia Numinum Simulacra, venditionibus hortorum, & domuum accedant.* Aliter rem narrat Dio *lib.* 57. *in fin.* Vide *l. non contrahit* 5. *in fin. cum l seq. ff. ad leg. Jul. majest.* Hoc autem multò magis statuendum est in specie, de qua agimus. Etenim cùm rei principalis, & accessionis una sit venditio *l. quod si nolit* 31. § *ult. ff. de Ædil. Edict.* non potest venditio esse partim utilis, partim inutilis, ea de causa, quod desit consensus in accessione: quia consensus est de forma emptionis *Inst. tit. de oblig. ex consens. cum fi-*

milibus: Contractus autem quoad formam 6
sunt individui *l.* 1. §. 1. *& l. continuus* 137. *in princ. ff. de V. O.* itaque non potest partim habere formam, partim eam non habere; partim esse, & partim non esse, argum. *text. in l. si ita* 39. §. *ult ff. de oper. libert. l. pro parte* 11. *in fin. ff. de servit. l. una est* 18. *ff. de servit. rustic. prædior.* Est igitur jure responsum valere non solum fundi venditionem, sed etiam Stichi, qui accessit venditioni fundi.

Illud omnium, qui umquam fuerunt, interpretum torsit ingenia, quod secundo loco in ea lege traditur, *eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit.* Videtur enim potius deberi Stichus, quem emptor intellexerit. Ambigua, atque obscura pacta venditori nocere, toties à Veteribus traditum, ut dubitari ea de re non possit. *l. Veteribus* 39 *ff.* 7
de pact. l. cùm in lege 33. *ff. de contr. empt. l. in contrahenda ff. de Reg. Jur.* Prodesset autem venditori, non noceret; si dare posset eum, quem ipse intellexit. argum. *text. in l. græcè* 8. §. *idem Julianus. cum seq. ff. de fidejuss.* & noceret emptori, qui cogeretur accipere eum Stichum, quem emere nolebat. Nec dubitari potest ambiguam esse venditionem Stichi, cùm plures essent Stichi, & singuli possent eo nomine comprehendi, nec intelligatur quis sit venditus. Isidor. *lib.* 2. 8
cap. 5. *Ambiguitas est, cùm id quod scriptum est, duas aut plures res significare videtur.* Fest. *in voce* ambiguum. *Ambiguum est, quod in ambas agi partes animo potest.* Facit text. *in l. cum Stichus* 29. *ff. de solut. l. ubi est verborum* 21. *ff. de reb. dub.* Et Quintil. *lib.* 7. *Inst. orat. cap.* 9. hoc primùm ambigui genus ponit, quod ὁμωνυμία dicitur, *cùm singula verba afferunt errorem, cùm pluribus rebus, aut etiam hominibus eadem appellatio est, ut Gallus; utrum enim avem, an gentem, an nomen, an fortunam corporis significet, incertum est; & Ajax, Telamonis, an Oilei filius.* Et paulò post. *Unde ferè lites, præcipue ex testamentis, cùm de libertate, aut etiam de hæreditate contendunt ii, quibus idem nomen est: aut quid sit legatum, quæritur.* Facit ad hanc rem text. *in l. si fuerit* 10.

ff. de reb. dub. ubi hæc luculenter explicantur.

Cujacius Interpretum nostrorum eruditione, doctrinâque, & rerum copiâ facilè princeps, unius voculæ mutatione scopulum hunc alacriter est prætervectus. Etenim in
9 explicatione *l. Veteribus ff. de pact.* contendit ita legendum esse: *eum Stichum præstandum, quem emptor intellexerit.* Sed neque possum, si velim; nec vellem, si possem, hanc legem emendare.

Alii verò, inter quos Pragmatici plerique omnes, hoc modo rem expediunt. In ambiguis interpretatio fieri debet contra eum, qui ex obscura conventione aliquid petit, & ex ea sibi aliquem obligatum esse conten-
10 dit: quoniam ille, qui petit, & conventioni innititur, probare debet sibi deberi id, quod petit; nam actore non probante reus absolvitur *l. 2. ff. de probat. l. 4. C. de edend. l. siquidem 9. C. de except. l. negantes 9. C. de oblig. & act.* Nec satis probat, qui nititur obscurâ, & ambiguâ conventione. *c. in præsentia de probat. l. non nudis C. de probat.* Quamobrem in nostra lege fit interpretatio contra emptorem, quia cùm ipse Stichum petat, probare non potest, quis Stichus sibi debeatur.

Sed vereor nenon defendi possit hæc sententia: ac multa concurrunt simul, quî de
11 ea dubitem. Primùm quia nusquam in Jure nostro traditum est, ideò pacta ambigua nocere venditori, quia venditor ipse sit actor, & probare debeat, quod probare non potest propter obscuritatem pacti: Sed nocere venditori, quia debuit perspicuè, ac luculenter, non obscurè dicere. *l. Labeo 21. ff. de contr. empt. l. Veteribus ff. de pact. l. quicquid 99. ff. de V. O.* tùm quia nihil dicere videtur qui obscurè, & perfusoriè loquitur *l. de etate §. nihil ff. de inter. act. l. aut qui aliter §. 1. ff. quod vi aut clam.* tùm quia plerumque dolo non caret, qui ambiguâ, obscurâque utitur oratione. *l. ea qua §. ult. ff. de contr. empt. l. qui libertatis §. sed etsi quis ff. de evict.* Et sanè nulla non ratio suadet, ambigua, & obscura verba nocere debere ei, qui protulit; est enim cur id sibi imputet, cùm posset apertiùs dicere.

Prætereà semper Veteres Jurisconsulti nos monent, ut ambigua pacta contra venditorem interpretemur. *l. Veteribus ff. de pact. l. Labeo 21. l. cùm in lege 33. ff. de contr. empt. l. in contrahenda ff. de Reg. Jur.* At si superio- 12
rem regulam à Pragmaticis traditam sequi volumus, sæpissimè ambigua, & obscura pacta contra emptorem pro venditore debemus interpretari: quia sæpissimè ex pacto adjecto venditioni venditor ipse obligatur, & reus est, non actor *ut in l. quòd si nolit 31. §. 1. ff. de Ædil. Edict. l. qui fundum 40. in princip. & in §. 1. & §. dolia l. cùm venderes 59. l. si cùm fundum 68. in princ. ff. de contr. empt. l. tenetur 6. §. si vas, & §. sed si fundum. l. Julianus §. idem Julianus l. si venditor. 38. in princ. ff. de action. empt. l. quid sit fugitivus 17. §. ult. & l. seq. & toto ferè tit. ff. de Ædilit. Edict. l. si dictum 56. l. quod ad servitutes, & toto tit. ff. de evictlon. l. si ex plagis §. quidam ff. ad Leg. Aquil. l. traditio ff. de acquir. rer. dom. l. non tantùm ff. de Verb. sign. l. is qui duo 29. ff. de servit. præd. rustic.* & ubique passim. In his omnibus adjectum erat à venditore pactum, quo ipse venditor obligabatur: itaque aut falsa est illa regula, quâ nos monent Veteres interpretationem faciendam esse contra venditorem, qui dixit: aut falsa est Pragmaticorum regula, quâ docemur interpretanda esse verba contra actorem, pro eo, qui est obligatus.

Denique ut nullus pateat evadendi locus, rem paucis conficiam. Si in venditione sit adjectum hujuscemodi pactum: *Stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint:* obligatur hoc pacto venditor emptori, quia hæc verba significant rei venditæ servitutem deberi, ut ait 13
Ulpian. *in l. si arborem 17. §. hac lex. ff. de servit. præd. urban.* Et tamen si non appareat de quibus stillicidiis actum sit, ambigua hæc oratio venditori nocet. *l. cum in lege 33. ff. de contrah. empt.* ergò etiamsi ex ambiguo pacto venditor obligetur, tamen contra ipsum fit interpretatio.

Respondent postremo loco, ut omnium opiniones refellam, ferè omnes politioris literaturæ Interpretes: Ambigua verba inter-

pretanda esse contra eum, qui obscure dixit, cùm posset dilucidè voluntatem suam explicare. Quò fit, ut cùm venditioni pacta plerumque adjiciantur à venditore, noceant ipsi
14 venditori, qui ambiguè locutus est. Atqui in nostra lege, ideò verba ambigua nocent emptori, non venditori; quia verba illa protulerat emptor, non venditor: & emptioni Stichum accessurum emptor ipse dixerat; suæque stupiditati, vel negligentiæ, ferat acceptum, si non habet servum, quem voluit. Ac si possent probare pactum illud ab emptore adjectum fuisse, nihil jam mutare auderem. Sed cùm nullam afferant conjecturam, divinare mihi videntur, & hariolari.

Imò verò ego contrà existimo probari posse satis evidenter, pactum illud à venditore
15 adjectum fuisse. Primùm quia pacta à venditore semper adjiciuntur, ut observare poterit, quicumque nostrûm Jus Civile diligenter evolverit. Et ratio est, quia nemo cogitur ad vendendum invitus *l. nec quasi publicianam 70. ff. de rei vindic. l. non equum ff. rerum amot. l. invitum 11. l. dudum 14. C. de contr. empt.* ac propterea rei suæ, quam vendit, legem dicere debet, quam voluerit *l. legem C. de pact.* est enim rei suæ moderator, & arbiter *l. in re mandata C. mand.* Eleganter Plaut. in *Captiv. act. 1. scen. 2.*

Quasi fundum vendam, me meis addicam legibus.

Et in *Epidic. act. 3. scen. 4.*

Estne empta mihi hac? Periph. *istis legibus habeas licet.*

Imò ipse venditor pretium indicabat. Idem in *Pers. act. 4. scen. 4.*

S. *Indica, fac pretium.* D. *tua merx est, tua indicatio.*

Respondent quidem illi, quòd licèt pacta plerumque à venditore adjiciantur; aliquan-
16 do tamen adjiciuntur etiam ab emptore *l. hac venditio 7. §. 1. l. pacta conventa 72. l. cùm manus 80. §. 1. ff. de contr. empt.* Sed nemo non videt has leges ad rem non pertinere. Non tamen constanter negaverim aliquando ab emptore pacta adjecta fuisse, sed fortassè emptor, quantum conjecturâ assequi possum, de pactis à se adjectis interponebat stipulationem, ut in *l. cùm ab eo 41. in princ. ff. de contr. empt. l. evictâ re §. ult. l. si ita quis ff. de evict. l. Labeo. §. 1. ff. de Ædil. Edict.* & alibi passim. Varro *de re rustic. lib. 2. cap. 1. In emptione aliàs stipulandum esse è valetudinario, aliàs è sano pecore, aliàs è neutro.* & *eod. lib. cap. 2. Emptor stipulatur priscâ formulâ sic: illasce oves, qua de re agitur, sanas rectè esse, uti pecus ovillum, quod rectè sanum est, extra surdam, luscam, minam, id est, venire glabro, neque de pecore morboso esse, habereque licere; hac sic rectè fieri spondes?* Et *cap. 3. Illas capras hodiè rectè esse, & bibere posse, habereque rectè licere, hac spondesne?* & similes stipulationes proponit capitibus, quæ subsequuntur: & *cap. 10. In pastorum emptione solet accedere peculium, aut si excipiet, stipulatio intercedere, sanum eum esse, furtis, noxisque solutum.* Harum autem stipulationum formulas composuerat Manilius Jurisconsultus, unus ex iis, qui Jus Civile fundasse dicuntur à Pomponio in *l. 2. §. post hos 39. ff. de Orig. Jur.* à quo dicebantur *actiones Manilianæ.* Varr. *de re rust. lib. 2. cap. 3. & 5. & 7.* vel leges Manilianæ Cic. *lib. 1. de orat. Nec quisquam est eorum, qui, si sit addiscendum sibi aliquid, non Teucrum Pacuvii malit, quam Manilianas venalium vendendorum leges ediscere.* Sed ad rem redeamus. Aliquando etiam stipulatio necessaria erat, ut in *l. quod si locus ff. de relig. & sumpt. fun.* Itaque cùm emptor stipularetur ea, quæ volebat adjicere, ut de sanitate, de dupla, de evictione; utique contra ipsum 17
emptorem fiebat interpretatio, quia in stipulationibus ambigua, & obscura verba nocent stipulatori. *l. quicquid adstringenda ff. de V. O. l. stipulatio ista 38. §. in stipulationibus ff. eod. l. cùm quaeritur ff. de reb. dub.* Pacta igitur à venditore adjiciebantur, quoniam venditor de iis non stipulabatur, & quicquid adjiciebat rei suæ, & venditioni legem dicens, pactum à venditore adjectum dicebatur.

Sed ut ad rem propius accedam, animadverto in nostra lege agi de eo pacto, quo convenit inter contrahentes, ut servus accederet venditioni fundi: hujusmodi autem

18 pacta, quibus cavebatur, ut aliquid accederet venditioni rei principalis, semper adjiciebantur à venditore; ut in *l. qui fundum* §. 1. & §. *dolia ff. de contr. empt.* observando quod omnia verba ejus legis referuntur ad initium legis, & reguntur à casu recto, *venditor*, qui initio positus est: item in *l. si cùm fundum* 68. *in princ. ff. de contr. empt. l. tenetur* 6. § *sed si fundum ff. de act. empt. in l. ex empto* 11. § *si quis rem, alias l. emptorem* 12. *ff. eod. l. si quis cùm fundum* 26. *l. quicquid venditor* 27. *l. si mercedem* 53. *ff. eod. l. insulam* 58 *in princ. ff. locat. l. proindè* 33. *ff. de Æd. Edict. l. servi.* 5. *ff. de evict. l. quod ad servitutes ff. eod. l. Insulam ff. qui pot. in pign. habeant.* Nusquam autem in Jure nostro reperiri arbitror, ejusmodi pactum ab emptore adjectum fuisse. Imò & quod pretio accedere debebat, venditor dicebat. Rectè venditor apud Plaut. in *Pers. act.* 4. *sc.* 4.

Heus tu, etiam pro vestimentis huc decem accedant minæ.

Quis igitur tam perfrictæ frontis erit, ut sine exemplo, sine conjectura audeat affirmare in nostra lege illud ab emptore adjectum fuisse, seque nobis id putet posse persuadere?

Doctissimus Rævardus, & quidam alii sagaciores, & emunctæ naris Interpretes, ut qualemcumque conjecturam adducant, ob-
19 servant verba illa legis: *Si in emptione fundi dictum sit &c.* Si dictum fuit in emptione, utique dictum fuit ab emptore: quia emptio ad emptorem refertur, & ab emptore contrahitur, sicut venditio refertur ad venditorem, & à venditore contrahitur.

Sed nihili est hæc observatio, nam paucis verbis interpositis, *venditionem* appellat Jurisconsultus, quam modo *emptionem* nominaverat: ibi, *nihilòminus fundi venditionem valere.* Veteres enim in emptione, ac venditione appellationibus promiscuè ute-
20 bantur, ut ait Gajus in *l. Veteres* 19. *ff. de act. empt.* Quamobrem id ab iis frequenter usurpatur, ut quod modò emptionem dixerant, paulò post venditionem nuncupent, ut in *l.* 2. §. 1. *in l. hæc venditio* 7. §. *hujusmodi. cum seqq. in l. nec emptio* 8. §. *aliquando in l. in venditionibus* 9. *in fin. junctâ l. seq. in l. & si* 15. *in princ. in l. quod sæpè* 35. §. *in his. l. si duos* 44. *l. res* 54. *l. funaus* 64. *ff. de contr. empt. l. cùm autem* §. 1. *ff. de Ædilit. l. quod si nolit.* 31. §. *ult. ff. eod.* Et ratio est, quia qui emptionem dicit, complectitur etiam venditionem: & contrà qui nominat venditionem, comprehendit etiam emptionem. Nam & nomen emptionis totum contractum significat *l.* 1. *in fin. l.* 2. *in princ. l.* 3. & 4. 21
l. in venditionibus 9. & alibi passim *ff. de contr. empt.* & nomen quoque venditionis de toto contractu dicitur *l.* 2. §. 1. *l.* 7. *in princ.* & ubique *ff. eod.* quia nec emptio sine venditione, nec venditio sine emptione esse potest. Hinc nomen venditionis aliquando ad emptorem refertur, & emptor dicitur adimplere venditionem *l. domum* 57. *in fine principii ff. de contr. empt. l. si ita* 25. & *l. si duos* 44. *ff. eod.* Imò cùm ex hoc contractu duæ nascantur actiones *empti*, & *venditi* inter se separatæ, atque dissimiles (nam actio empti datur emptori ad consequendam rem venditam *l. ex empto* 11. *in princ. ff. de act. empt.* con- 22
trà actio venditi datur venditori ad consequendum pretium *l. Julianus* 13. §. *ex vendito ff. eod. l.* 1. *ff. de rer. permut.*) tamen aliquando actio empti nuncupatur à Veteribus actio venditi, ut in *l. sed hoc nomine* 26. & *in l. si cùm venditor* 66. §. 2. *ff. de evict. in l. ex conventione C. de pact. in l.* 1. *C. sine censu vel reliq.* Contrà verò actio venditi vocatur actio empti *l. un. C. si servus extero se emi mand. l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. de action empt.* Sed harum actionum nomina rarò admodum confunduntur, quia altera cum altera nihil commune habet: at in appellationibus emptionis, & venditionis nulla regula observatur: quia nulla causa est cur hunc contractum venditionem potius appellemus, quàm emptionem. Itaque quod in nostra lege ita enunciatur: *si in emptione fundi dictum sit accedere Stichum*, in *l. proindè* 33. *ff. de Ædil. Edict.* aliter hoc modo dicitur: *quod in venditione accessurum esse dictum est.* Et in *l. quod si nolit* 31. §. *ult. ff. eod.* *Quod emptioni accedit, partem esse venditionis Prudentibus visum est.* & alibi venditioni

accedere aliquid dicitur ut in *l.* 1. §. 1. *verſ. & ſi quid aliud ff. eod. l. cùm autem* 23. §. 1. *l. quod ſi nolit* 31. §. *reſtitui* 19. *ff. eod. l. itaque* 32. *in fin. l. ſeq. in princ. l. juſtiſſimè. in princ. ff. de Ædil. Edict. l. venditi in fin. C. de act. empt.* Adeò verum eſt ex his verbis nullam ſatis idoneam duci poſſe conjecturam. Et ſanè quod emptio nominetur, etiam ubi aliquid à venditore dictum eſt, ſatis conſtat : quia in agro, fundoque ven-
23 dendo modus à venditore dicitur. *l. ſi in qualitate* 22. *l. ſi duorum* 42. *ff. de act. empt. l. qui fundum* §. *qui agrum ff. de contr. empt.* abſurdum enim eſſet modum rei venditæ ab emptore dici, cui eâ tantum de causâ dicitur, ut ſciat quantùm agri emat : & tamen, licet modus à venditore dicatur, ſæpè Veteres modum fundi venditi in emptione dictum ajunt. *l. ſi in emptione* 2. *ff. de act. empt. & l. Julianus* §. *ſi Titius ff. eod.* Plura omitto : neminem enim futurum arbitror, qui de his poſſit dubitare.

His expoſitis conſtat, quam variæ ſint hac de re Interpretum noſtrorum ſententiæ. Ac mihi quidem, ut dicam quod ſentio, nodum in ſcirpo quærere videntur. Exiſtimo enim hanc legem ad ambigui controverſiam non pertinere. Duo igitur ſunt explicanda. Primùm, quod hæc lex perperam allegatur, ubi de ambigui interpretatione diſputatur. Deindè, cur præſtandus ſit ille Stichus, quem venditor intellexerit.

Non pertinet hæc lex ad ambigui controverſiam : quia in ea erraviſſe contrahentes ſupponit Paulus ; ſupponit enim de alio ſervo emptorem, de alio ſenſiſſe venditorem. Aliud eſt errare : aliud ambiguè pa-
24 ciſci. Diſtinguuntur hæc in *l. heredes* 21. §. 1. *ff. qui teſt. fac. poſſ.* Errant in re contrahentes ; quoties in eadem re non conveniunt ; ſed aliquis eorum de una re, alter de alia ſentit, ſeque contrahere putat : erratur enim quoties aliud pro alio accipitur. *l. ſi per errorem* 15. *ff. de juriſd. om. Jud. l.* 2. *in princ. verſ. aut ſi putaverunt ff. de jud. l.* 9. *in princ. ff. de contr. empt. l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *l. continuus* 137. §. 1. *ff. de verb. obl.* §. *ſi de alia. Inſtit. tit. de inut. ſtipul.* Plaut. in *Amphitr.*

Qui me Amphitruonem rentur eſſe, errant probè.

Itaque in noſtra lege errarunt contrahentes, cùm de alio emptor, de alio venditor ſenſerit, & uterque putaverit ſe de eodem ſenſiſſe. Quocircà quærit ibi Paulus an valeat venditio. Abſurdè hoc quæreretur ſi ibi ageretur de ambiguo. Hoc enim non vitiat contractum. Ambiguè verò paciſci dicuntur contrahentes, quoties non ſatis conſtat quid ſenſerint contrahentes, nec apparet quid actum ſit : ac proptereà confugiendum eſt ad interpretationem verborum. Quamobrem error vitiat omnes contractus, quia quandocumque conſtat de errore, conſtat etiam de diſſenſu contrahentium ex *dd. ll.* Ambi- 25
guitas autem, & obſcuritas non vitiat, quia non conſtat diſſenſiſſe contrahentes, & interpretatione res expeditur *l. in contrahenda* 172. *ff. de Reg. Jur.* cum ſimilibus. Quod ſi conſtet quid actum ſit, & appareat quid ſenſerit ille, qui ambigua verba protulit, non amplius dubia, obſcura, incerta res eſt, cùm in conventionibus voluntas potiùs, quàm verba ſpectentur. *l. in conventionibus ff. de V. S.* Eleganter ad rem noſtram. Cic. *lib.* 2. *de Invent. Ex ambiguo autem naſcitur controverſia, cùm quid ſenſerit ſcriptor, obſcurum eſt.* Auct. *ad Heren. lib.* 2. *Nec eſſe ambiguè ſcriptum, cùm intelligatur utra ſententia vera ſit.* Quintil. *lib.* 7. *Inſtit. cap.* 9. *Ideoque fruſtrà præcipitur, ut in hoc ſtatu vocem ipſam ad noſtram partem conemur vertere, nam ſi id fieri poteſt, amphibolia non eſt.* Pomponius *in l. cùm in lege* 33. *ff. de contr. empt. primùm ſpectari oportet quid acti ſit : ſi non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet, quia ambigua oratio eſt.* Igitur ambigua oratio eſt, quæ venditori nocet, cùm non apparet, quid actum ſit, cùm incidit voluntatis quæſtio, cùm quæritur de voluntate *l. cùm quæritur.* 26. *ff. de reb. dub. l. cogi.* 16. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. ſi peculium* 10. §. *ult. ff. de man. teſt. l. evicta* 16. §. *ſi ſervus. verſ. tametſi ff. de evict.* Itaque in Jure noſtro opponuntur

X iij

hæc inter se: apparet quid actum sit; & res est in obscuro. *l. cum manu* 80. §. *sylva ff. de contr. empt. l. si quis vina* 4. *in princ. ff. de peric. & com. rei vend. l. Titius* 48. *ff. de act. empt.* Id enim, de quo constat, est exploratum, & non dubium, non ambiguum; hoc est, ambiguo contrarium. Hinc quæ in Jure certa sunt, non ambigui Juris esse dicuntur *l. curatorem* 10. *C. qui dar. tut. poss. l. ult. C. de crim. expil. hæred. l. ult. C. de fidejuss. tut. l.* 9. *C. de collat.* Quæ aliter dicuntur, Juris explorati *l.* 7. *C. de usufr. l.* 7. *C. de rei vind. l.* 7. *C. de cond. ind. l.* 1. *C. si cert. pet. l.* 8. *C. quod cum eo l.* 6. *C. de pact. conv.* & passim.

Cùm igitur in nostra lege supponat Paulus de alio Sticho emptorem, de alio sensisse
26 venditorem, certum est pactum, & non ambiguum, ac nulla incidit voluntatis quæstio; quare nec conjecturis opus est ad indagandam contrahentium voluntatem, nec admittitur interpretatio. *l. continuus* §. *cùm ita. in fin. ff. de verb. oblig. l. pediculis* §. *argento ff. de auro, & arg. leg. l. in lege* 77. *ff. de contr. empt. l. cum manu* 80. §. *sylva ff. eod. l. cùm in lege* 33. *in fin ff. eod.* In ambiguis enim, & obscuris, & in quibus incertum est quid acti sit, desideratur interpretatio. *l. in ambiguis, & l. in contrahenda* 172. *ff. de Reg. Jur. l. rapienda* 168. §. 1. *l. ea quæ* 192. §. 1. *ff. eod. l. nepos* 125. *ff. de V. S. l. stipulatio ista* 38. §. *in stipulationibus ff. de V. O. l. cùm in testamento* 24. *ff. de reb. dub. l. in Prætoriis* 9. *ff. de Præt. stipul.* Cic. *lib.* 2. *de Invent. Cùm lex contractùs apertè scripta est, Judex ei parere debet, non interpretari.*

Sed, inquiet aliquis, Stichi nomen, quo usi sunt contrahentes, ambiguum est, *l. ubi ff. de reb. dub.* Est utique ambiguum: non hoc negamus. Atqui nullum ferè verbum ambiguum non est, ut ait Cicero: sed cùm constat quid senserint contrahentes, non est amplius ambiguum, nam id solum significat, quod voluerunt contrahentes, non utrumque *l.* 3. *ff. de reb. dub. l. nepos* 125. *ff. de V. S. l. in ambiguis* 96. *ff. de Reg. Jur.* quia voluntas potiùs, quàm verba spectantur *l. in conventionibus ff. de V. S.* Auct. *ad Heren. lib.* 4. *per ambiguum, cùm verbum potest in duas pluresve sententias accipi, accipitur in eam partem, quam vult is, qui dixit.* Sed rursus opponet aliquis. In nostra lege ita Paulus: *Si in emptione fundi dictum sit accedere Stichum servum, nec intelligatur, quis ex pluribus accesserit.* Ambiguum igitur, quia non intelligitur quis ex pluribus
accesserit. Non ita est. Aliud est, quod non 27
intelligatur, quid senserint contrahentes: aliud, quod non intelligatur, quis accesserit. In nostra lege intelligitur quid senserint contrahentes, quia de alio emptor, de alio venditor sensit: non tamen intelligitur, quis accesserit venditioni, quia in eodem servo non convenerunt contrahentes: & nisi hoc à Jure statuatur, id neque ex verbis, neque ex mente contrahentium potest intelligi; quia tàm verba, quàm voluntas utrumque Stichum comprehendunt, cùm tamen unus tantummodò debeat accedere. Idemque accidit in omni errore: nam licèt constet non convenisse contrahentes, non tamen intelligitur utra res in contractum deducta sit; cùm hic de illâ, ille de aliâ re senserit, atque contraxerit.

Veniamus ad id, quod secundo loco proposuimus explicandum. Cùm non sit ambiguum pactum, non est interpretandum contra venditorem, quia nullâ opus est interpretatione. Imò servus ille præstandus est, quem venditor intellexerit. Quid ita? quia cùm contrahentes erraverint, si quidem servus nòn esset venditus per accessionem, non valeret emptio: sed cùm valeat emptio, quia per accessionem venditus est, ut initio exposuimus, nulla causa est, cur dicamus hunc potiùs, quam illum fuisse venditum. Emptor probat se de hoc sensisse: contrà venditor probat se sensisse de alio: uterque videtur in obligationem deductus, non quod uterque sit præstandus, sed quod alteruter ex his duobus sit præstandus. Eò
itaque res redit, ut videatur venditus Sti- 28
chus, vel in genere unus ex illis duobus, quos habebat venditor; vel alternativè, hic, aut ille Stichus: utroque enim modo

res eòdem recidit. Atqui si venditus esset Stichus in genere, vel alternativè, præstandus esset ille, quem venditor intellexit, & elegit. *l. si ita* 25. *& eàdem l. si in emptione* 34. §. *pen. ff. de contr. empt.* Nam in contractibus quoties plures res in genere, aut alternativè deducuntur in obligationem, debitoris est electio *l. qui ex pluribus* 106. *ff. de verb. obl. l. plerùmque* 10. *in fin. ff. de jur. dot. l.* 2. §. *Scævola ff. de eo quod cert. loc.* §. *si quis agens* 33. *vers. huic autem. Inst. tit. de act.* Et hanc sententiam mirificè probat text. in *l. comprehensum* 60. *ff. de contr. empt.*

29 ibi: *comprehensum erat in lege venditionis dolia sexaginta emptori accessura, cùm essent centum: in venditoris fore potestate responsum est, qua vellet dare*: (ac ne possint hîc Interpretes captare verbum *emptionis* ut in nostra lege; observandum hic nominari venditionem) sic in nostra lege dictum erat accessurum Stichum, cùm duo essent Stichi servi, utique in potestate venditoris est, quem velit dare; nempè quem probat

30 se voluisse accedere. Similis est text. *in l. si servus. penult.* §. *ult. ff. de act. empt.* in qua est observandum, quod continetur ejusdem Labeonis sententia à Paulo confirmata, quemadmodum in nostra lege *si in emptione* 34. *ff. de contr. empt.*

Postremò ad explicationem ejus legis animadvertendum est, quod ait Paulus, *eum servum præstandum, quem venditor intellexerit*: non verò *quem venditor elegerit*, quia, cùm non possit constare de alio sensisse venditorem, nisi id ipse probet: utique eum ipsum dare vult; frustrà enim conten-

31 deret cum emptore, si vellet ei dare servum illum, quem emptor desiderat, ac voluit accedere venditioni. Itaque hunc ipsum venditor elegit, quem intellexit, & quem accedere voluit; nam si hunc non eligeret, emptori daret eùm quem petit, nec contenderet se de alio sensisse. Nec æquum est, ut, cùm voluerit unum vendere, atque eo animo contraxerit, mutet modò voluntatem, & alium eligat, neque enim in contrahendo reservavit sibi electionem, aut eo animo contraxit, ut posteà eligere posset; ut evenit in eo qui contrahit de re in genere, vel disjunctim: sed contraxit eâ mente ut se obligaret ad dandum Stichum, quem tunc intellexit, adeoque non potest mutare electionem.

CAPUT III.

AD L. GRÆCE 8. §. ILLUD *commune ff. de fidejuss.*

SUMMARIUM.

1 *Explicatur* l. Græcè 8. §. illud commune ff. de fidejuss.
2 *Quid significet verbum* omninò, *&* omninò non, *tam apud Veteres Scriptores, quàm apud Veteres Jurisconsultos.*
3 *Qui de universis loquitur, nihil excipit.*
4 *Fidejussor in duriorem causam adhibetur quatuor modis.*
5 *Verba*, non in solidum, *convenire non possunt fidejussoribus, qui loco, tempore, aut causâ plus promittunt.*
6 *Hi nullo modo, nullaque ex parte obligantur.*
7 *Generaliter & sine ulla exceptione semper traditum est, fidejussores in duriorem causam accipi non posse.*
8 *Fidejussor non solum obligari, sed etiam accipi, & adhiberi in duriorem causam prohibetur.*
9 *Aliud est accipere fidejussorem: aliud eum obligari.*
10 *Vitium in forma vitiat actum.*
Forma non potest suppleri, neque actus redigi potest ad formam Juris.
11 *Utile per inutile non vitiatur.*
12 *Hac regula non habet locum cùm vitium est in forma actûs.*
13 *Fidejussor plus promittens in aliam obligationem accipi videtur.*

NEscio, quo fato factum fuerit, ut, cùm & à Veteribus Jurisconsultis traditum sit, & ab Antiquis Interpretibus constanter approbatum, fidejussorem promittentem majorem quantitatem, quàm debeat reus principalis, non obligari: posteà repentè ab Interpretibus nostris in contrariam sententiam itum fuerit, ad quam tuendam perversâ interpretatione coguntur detorquere
Ulpiani verba in *l. græcè* 8. §. *illud commune* 1
ff. de fidejuss. Ait Ulpianus: *Illud commune*

est in universis, qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omninò non obligari. Verbum illud *omninò* interpretantur, *in solidum*: quasi dixerit Ulpianus, eos quidem in solidum non obligari, sed pro parte, videlicet pro ea parte, pro qua tenetur reus principalis. Sed hæc interpretatio & est contra rectam rationem Latini sermonis; & est planè absurda; & falsam sententiam continet.

Est contra rectam rationem Latini sermonis, quia verbum *omninò* nunquam significat *in solidum*, sed *prorsus*, *funditùs*, *planè*, *utique*. Cic. *Tuscul.* 1. *omninò, aut magna*
2 *ex parte liberatus.* Opponuntur hæc *omninò*, & *magna ex parte*. Id. *pro Cornel. Balb. Quæ labore hujus aut omninò, aut certè facilius consequuntur.* Idque præsertim postpositâ adjectione negante, *omninò non*, *omninò nunquam*, & similibus. Cic. *lib.* 2. *Orat. Poetas omninò, quasi alienâ quadam linguâ loquutos, non conor attingere.* & *lib.* 3. *ad Attic. epist.* 23. *Sci enim Clodium sanxisse, ut vix, aut omninò non posset, nec per Senatum, nec per Populum infirmari sua lex.* Opponuntur *vix*, & *omninò non*. Id. *lib.* 2. *de Orat. Theopompus, & Ephorus Isocrate Magistro impulsi ad industriam se contulerunt: caussas omnino nunquam attigerunt.* & *de Amicit. omninò nusquam reperiri*: & alibi: *omninò nequaquam par.* & alio loco: *ut non multum, aut nihil omninò Græcis cedamus.* & *lib.* 1. *ad Lentulum. epist.* 7. *eaque, quæ de ea scripta est auctoritas, cui scis intercessum esse, ut ne quis omnino Regem reduceret.* Horat. *Sermon. lib.* 2. *Sat.* 8.

——— *Ut nihil omninò gustaremus.*

Terent. *in Andria.*

Nempè huic prorsùs illam non dat.

Id. *in Eunuch. Illum liquet mihi dejerare his mensibus, sex, vel septem prorsum non vidisse proximis.*

Nec aliorsum in Jure nostro usurpantur hæc verba. In *l.* 1. §. *ult. ff. de oblig. & action. Non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed qui omninò non exaudit.* In *l. continuus* 137. §. *cùm quis ff. de V. O. Cùm quis sub hac conditione stipulatus sit, si rem suam Titius vendiderit, ubi conditio Jure impleri omninò non potest.* In *l.* 1. §. *sed utrum ff. de eo, qui pro tutor. & si quidem omninò non attigit tutelam, non tenebitur.* In §. *item surdus Instit. tit. quib. non est permis. fac. testam. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omninò non exaudit, non de eo, qui tardius exaudit.* In §. *mutum Instit. tit. de inut. stipul. unde apparet non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed de eo, qui omninò non audit.* Est etiam absurda hæc interpretatio, absurdam enim sententiam affingit Ulpiano. Quod ut demonstremus, duo præmittenda. Primùm, quod hic agit Ulpianus de omnibus fidejussoribus, qui in duriorem causam adhibentur. *Illud commune est in universis.* 3
Cic. 4. *Acad. quæst. Hæc loquor de universis. nihil excipit, de quo non profiteatur. quid enim esse potest extra universa?* Non tamen hoc ita accipiendum est, ut comprehendat etiam mandatores, & reos constitutæ pecuniæ, tùm quia in hac longissima lege non agitur nisi de fidejussoribus, & regula proposita explicatur solummodò exemplis fidejussorum: tùm quia verba illa, *qui pro aliis obligantur*, propriè conveniunt fidejussoribus, qui semper pro aliis obligantur, & ideò fidejussores per antonomasiam dicuntur illi, *qui pro aliis obligantur*: nam mandatores, & rei constitutæ pecuniæ plerumque pro se ipsis, non pro aliis obligantur: tùm denique quia falsa esset sententia, si comprehenderet hos omnes. Etenim reus constitutæ pecuniæ in duriorem causam rectè accipitur *l.* 1. §. *an potest. l.* 4. *l. eum qui* 5. *l. id, quod* 19. *ff. de const. pecun.* Loquitur igitur Ulpianus de solis fidejussoribus: sed tamen de universis fidejussoribus, qui in duriorem causam adhibentur.

Secundò præmittendum est, quod qua- 4
tuor modis in duriorem causam fidejussor adhibetur, vel ratione loci, vel ratione temporis, vel ratione causæ, vel ratione quantitatis. Ratione loci, si aut certo loco, aut alio loco minùs commodò promittat *l. si fidejussor.* 16. §. 1. & 2. *ff. de fidejuss.* ratione temporis, si id agatur, ut fidejussor vel obligetur, vel conveniri possit ante reum

reum principalem : cujus rei exempla proponuntur in hoc nostro §. *illud commune. versic. item. in l. fidejussor.* 16. §. *pen. in l. si à reo* 70. *in princ.* & §. 1. *ff. de fidejuss.* ratione causæ in obligationibus disjunctim contractis, quoties, aut fidejussor non habet electionem, quam reus principalis, aut caret spe liberationis, quam habet principalis, ut in nostra *lege gracè* 8. §. *si quis Stichum*, & §. *seq. in l. hi, qui* 34. *ff. de fidejuss.* ratione quantitatis, si plus promittat. §. *fidejussores Instit. tit. de fidejuss.* & *nostro* §. *illud commune.*

His præmissis constat, quam absurdam locutionem affingant Ulpiano, qui verba illa *omnino non*, interpretantur, *non in solidum.* cùm enim hæc verba referantur necessariò ad quantitatem, non possunt ullo modò convenire illis fidejussoribus, qui vel ratione loci, vel temporis, vel causæ in duriorem causam adhibentur, & tamen de
5 his maximè agit Ulpianus in laudata lege. Quis enim dixerit, eum qui loco minùs commodo promittit, aut citeriore die, aut purè pro reo sub conditione obligato, & his similes fidejussores *in solidum non obligari*? Ne Barbari quidem ita loquuntur. Quid enim attinent ad locum, ad tempus, ad causam, verba, *in solidum*? Ridenda insulsitas est, hoc modo leges interpretari.

Nec solùm insulsam locutionem, sed etiam falsam sententiam affingunt Ulpiano, perversâ hac interpretatione. Falsum est enim, quod illi qui adhibentur in duriorem causam tribus illis mobis, quos primos recensuimus, in solidum non obligantur. Certum est enim eos nullo modo, nulla ex parte obligari, ut constat ex legibus suprà lauda-
6 tis. Qui autem dicit aliquem in solidum non obligari, supponit eum aliquo modo, aliqua ex parte obligari. Itaque illa locutio & convenit solis fidejussoribus plus quantitate promittentibus, & in his solummodò vera est : in cæteris, & absurda est, & falsam continet sententiam, & tamen de his potius agitur, quàm de illis, ut demonstrant exempla, quæ ibi subjiciuntur.

Et sanè semper in Jure nostro traditum est, fidejussores in duriorem causam accipi non posse, eos non obligari, plus esse non posse in accessione, quàm in re principali *l. gracè* 8. §. *illud commune l. hi, qui* 34. *ff.* 7
de fidejuss. §. *fidejussores Instit. tit. de fidejuss.* Nec usquam excipiuntur fidejussores, qui majorem quantitatem promiserunt. Cùm enim omnes alii nullo modo obligentur, utique necessariò deb bant nos admonere Veteres Jurisconsulti, hos illis esse dissimiles, & in summa à reo principali debita obligari.

Ac si prohibitum solummodò esset à lege fidejussores non obligari in duriorem conditionem ; admitti fortassè posset communis sententia, juxta quam fidejussor in majorem summam non obligatur. Licet enim majorem summam promiserit, ac propterea fuerit acceptus in duriorem causam, tamen detrahitur à promissione summa excedens, & in ea inutilis est promissio : valet autem in summa à reo debita, & in ea fidejussor obligatur. Quapropter in majorem summam non obligatur, ut ipsi aiunt. Equidem si à lege solummodò prohiberetur obligatio in majorem summam, & in duriorem causam ; hæc fortassè viderentur habere rationem. Sed animadvertere oportet, quod non prohibe- 8
tur fidejussor obligari solum, sed etiam accipi, & adhiberi in duriorem causam. Ulpianus in nostro §. *illud commune : si fuerint in duriorem causam adhibiti.* & rursùs : *in leviorem planè causam accipi possunt : propter quod in minorem summam rectè fidejussor accipietur.* Paulus in *l. hi qui*, 34. *ff. de fide, uss. hi, qui accessionis loco promittunt, in duriorem causam accipi non possunt.* Papinianus *in l. si testamento. in fine eod. ne in duriorem causam, contra Juris formam acceptus intelligatur.* Julianus in *l. fidejussor* 16. §. *pen. ff. de fidejuss. stipulatione in diem conceptâ si fidejussor sub conditione accipiatur.* Hoc ipsum igitur est contra legem, accipere, & adhibere fidejussorem in duriorem causam : adeoque ut sit inutilis fidejussio, & pro infecta habeatur, sufficit fidejussorem acceptum fuisse in duriorem causam *l. non dubium C. de legib.* frustrà igitur conantur redigere ad

formam Juris obligationem, eam amputando, & circumcidendo, cùm ipsa acceptio fuerit contra formam Juris. Aliud enim est accipere fidejussorem in duriorem causam, aliud eum obligari *d.* §. *illud commune*. ibi :
9 *si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos non obligari*; & infrà, *si reus sub conditione fuerit acceptus, fidejussor purè, non obligabitur*. Et passim in tota illa lege distinguuntur inter se, *accipi fidejussorem, & obligari*. & *in l. fidejussor 16. §. qui certo loco, & §. fidejussor ff. de fidejuss.* Præcedit enim acceptio, subsequitur obligatio, & licet acceptus, & adhibitus fuerit fidejussor, tamen sæpenumerò non obligatur, ut in laudatis legibus. Licet igitur dicamus fidejussorem promittentem majorem summam obligari solum in summa debita, tamen non ideò minùs verum erit, eum acceptum fuisse in duriorem causam, hoc est, contra Juris formam, adeoque actum accipiendi fidejussorem inutilem fuisse, & nullam ex eo oriri potuisse obligationem. Accipitur enim in duriorem causam fidejussor, cùm id agitur inter contrahentes, ut ipse plus debeat, quàm principalis. Non potest autem negari, actum fuisse inter contrahentes, ut plus debeat fidejussor, quàm principalis, quoties majorem summam promittit.

Præterquam quod etiamsi contra formam Juris peccaretur solum, quando fidejussor esset in majorem summam obligatus: non verò quando majorem summam promittit, quod falsum esse demonstravimus: tamen obligatio contra formam Juris contracta non posset ad formam Juris redigi, ampu-
10 tando summam excedentem. Nam illud omnibus commune est Philosophis, Theologis, Jurisconsultis; vitium in forma vitiare omnem actum, nec formam suppleri posse: & ad rem nostram accommodatum exemplum suppeditat nobis Papinianus in *l. filius 15. ff. de condit. Instit.* Filius in potestate non potest à Patre institui sub conditione, nisi ea sit in ipsius potestate. Hæc est forma Jure præscripta. *l. suus 4. in princ. ff. de hered. Instit. l. Lucius 83. ff. de condit. & demonstr. l. si pater C. de Inst. & subst.* Quidam filium instituit sub conditione impossibili & à legibus improbata. Non est hæc in potestate filii *d. l. filius 15.* videbatur nihilòminus dicendum valere institutionem: quia cùm ab ultimis voluntatibus detrahatur conditio, & pro non adjecta habeatur, purè videtur filius institutus *l. obtinuit ff. de cond. & dem. l. 1. ff. de cond. instit. §. impossibilis Inst. tit. de hared. instit. l. conditiones 14. ff. de cond. inst. l. non dubitamus ff. de cond. & demonstr. l. un. C. de his, qui pœna nom.* & tamen ait Papinianus non valere institutionem; licet enim hujus generis conditio semper ab institutione detrahatur, & pro non scripta habeatur: non detrahitur tamen ab institutione filii repugnante Juris formâ. Quantò minùs detrahetur quantitas excedens contra formam Juris. Ac si liceret ex fidejussione detrahere id, quod efficit duriorem conditionem fidejussoris, omnes propè fidejussiones ad formam Juris redigi possent, adeoque valerent. Detrahe locum ex fidejussione, de qua in *l. fidejussor 16. §. qui certo ff. de fidejuss.* & non obligabitur in duriorem causam. Detrahe decem ex fidejussione, de qua in *l. grecè. §. si quis Stichum ff. eod.* & non erit durior conditio fidejussoris.

Neque in hac causa locum habet regula, quod utile per inutile non vitiatur, & quod vitium in excessu quantitatis non vitiat totum actum *c. utile de Reg. Jur. in 6 l. 5. §.* 11
generaliter l. sed si vir. §. si vir uxori ff. de don. int vir. & uxor. l. placuit 29. de usur. l. 1 §. Trebatius ff. de aqua quotid.

Hæc enim regula obtinet, cùm lex statuit certam quantitatem, quam excedere non liceat: tunc enim vitiatur solus excessus, quia vitium est solummodò in excessu. Contrà verò quando lex statuit aliquid de natura actûs, eique formam præscribit, tunc quia vitium est in ipsa natura, formaque actûs, necesse est, ut totus actus corruat.
Hujus accessionis natura, & forma à Jure 12
præscripta est; ut in ea plus esse non possit, quàm in principali obligatione *§. fidejussores Inst. tit. de fidejuss.* ut non possit fidejussor accipi in deteriorem conditionem, *l. si*

testamento 49. *in fin. ff. de fidejuss.* adeoque vitium inest naturæ, formæque fidejussionis, totamque subvertit: actus enim est individuus *l.* 1. *§.* 1. *l. continuus ff. de V. O.* itaque non potest esse pro parte secundùm Juris formam, & pro alia parte contra formam Juris. Exempla in *l. in hoc judicio* 27. *ff. famil. hercisc. in l. Pedius §.* 1. *ff. de recept. arbitr. in c. cùm de non sacerdotali. de preb. in* 6. *in c. ad audientiam, ubi DD. de reb. Eccles. alien.*

His omnibus accedit, quod cùm fidejussor majorem summam promittit, in aliam
13 obligationem accipi videtur. Toties enim in aliam obligationem accipi dicitur fidejussor, quoties in contrahenda fidejussione agitur, ut fidejussor aliquid debeat, quod non debet reus principalis, ut infrà probabimus. Itaque alio etiam de nomine inutilis est fidejussio *lege si ita* 42. *& l. gracè. §. si quis Stichum ff. de fidejuss.*

Argumenta, quibus contraria sententia probatur, non magnam vim habent ad persuadendum.

CAPUT IV.

AD L. GRÆCE 8. §. SI QUIS *Stichum, & in l. si ita* 42. *ff. de Fidejuss.*

SUMMARIUM.

1 *Fidejussor pro eo, qui non est obligatus, obligari non potest.*
2 *Item accipi debet in eamdem obligationem.*
3 *Quando in aliam obligationem acceptus intelligatur.*
4 *Pro eo qui Stichum debet, non potest promittere Stichum aut decem.*
5 *Nec pro eo qui decem debet, promittere potest decem, aut Stichum.*
6 *Pro eo qui Stichum & Pamphilum debet, promittere potest Stichum, aut Pamphilum.*
7 *Pro eo qui debet Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse voluerit, non potest promittere Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse voluerit.*
8 *Pro eo qui debet Stichum, aut Pamphilum, utrum creditor voluerit, potest promittere Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse voluerit.*
9 *Explicatur & conciliatur* l. si Stichum 38. ff. de fidejuss.
10 *Explicatur & conciliatur* l. hi qui accessionis 34. ff. eod.
11 *Quando propter facultatem eligendi vitietur, aut non vitietur fidejussio.*
12 *Aliud est merx, aliud æstimatio: & merx pecuniâ æstimatur, non pecunia merce.*
13 *Pro merce æstimata fidejussor rectè promittit æstimationem.*
14 *Pro fundo debito potest promittere usumfructum.*
15 *Ususfructus separatus à proprietate est jus fundi: conjunctus est portio fundi: & quomodo id accipiendum?*
16 *Fidejussor potest promittere factum rei principalis.*
17 *Factum alienum non rectè promittitur nisi sub pœna.*
18 *Differentia inter fidejussorem, & reum constitutæ pecuniæ.*

CUm fidejussio sit accessio principalis obligationis §. *fidejussores Instit. tit. de* 1 *fidejussor.* non potest obligari fidejussor pro eo, qui non est obligatus *l. fidejussor* 16. *ff. de fidejuss.* & si nulla subsit principalis obligatio, inutilis est etiam fidejussio *l. si mihi l. qui contra. l. si sub impossibili l. si quis pro eo. in princ.* & in *§. si nummos. l. si à reo. in fin. l. si debitori ff. de fidejuss.* Cùm autem 2 fidejussor omninò debeat accedere principali obligationi, & promittere pro eo, qui est obligatus; debet etiam accipi in eamdem obligationem, & promittere id ipsum, quod debet reus principalis. Si in aliam obligationem accipiatur, non valet fidejussio, ut respondet Ulpianus ex sententia Marcelli in *l. gracè* 8. *§. si quis Stichum. vers. Marcellus ff. de fidejuss.* & si promittat id, quod reus principalis non debet, non obligatur *l. si ita* 42. *ff. eod.*

In aliam obligationem accipi dicitur fidejussor, quoties id agitur in contrahenda fidejussione, ut ipse aliquid debeat, quod reus principalis non debet. Exemplum proponitur in laudata *l. si ita ff. de fidejuss.* Reus debebat decem, fidejussor promittit mille modios tritici: non obligatur. Facit ad rem text. in *l. si à reo* 70. *§. si reo ff. de fidejuss.* ibi, *an non obligetur, quasi in aliud.*

Alterum exemplum proponitur in nostra lege *gracè* 8. *§. si quis Stichum ff. de fidejuss.*

4 Reus Stichum debet, fidejussor promittit Stichum, aut decem: non obligatur, tùm quia durior est ejus conditio, tùm quia alia est ejus obligatio.

Tertium proponitur in *eodem* §. *versic.*
5 *denique*. Reus debebat decem: fidejussor promittit decem, aut Stichum: non obligatur, licèt levior sit ejus conditio: levior est conditio fidejussoris, quia habet electionem, utrum velit solvere decem, an Stichum *l. plerùmque* 10. *ff. de jure dotium* §. *si quis. versic. huic autem Instit. tit. de action.* In superiore exemplo durior erat conditio fidejussoris, quia reus per mortem Stichi poterat ab obligatione liberari, fidejussor non poterat *l. hi, qui accessionis* 34. *ff. de fidejuss.* est igitur in postremo exemplo levior conditio fidejussoris; sed tamen non tenetur, quia in aliam obligationem acceptus est. Etenim in obligatione fidejussoris est Stichus, qui non est in obligatione rei principalis.

Hîc autem duo oportet animadvertere ad hujus legis explicationem. Primum, quòd alia est obligatio, etiamsi in obligatione sit etiam id, quod reus debet. In utraque enim obligatione sunt decem: sed quia in obligatione fidejussoris est etiam Stichus, idcircò in aliam obligationem acceptus intelligitur: vel saltem est in ejus promissione, quod verius est. Sufficit igitur eum promisisse aliquid, quod reus non debet.

Præterea, quod non ideò alia dicitur fidejussoris obligatio, quod disjunctim concepta sit, quasi hac de causa ab alia differat, & impediat, quominus fidejussor obligetur. Nam si reus debeat Stichum, & Pamphilum,
6 fidejussor autem promittat Stichum, aut Pamphilum: licet hæc disjunctim, illa conjunctim concepta sit; tamen fidejussor tenetur, laudata *l. græcè* §. *penult. ff. de fidejuss.* quia nihil promittit, quod non debeat reus, nec quicquam debere potest, quod ab illo non debeatur. Contrà etsi utraque promissio disjunctim concipiatur, fieri potest, ut fidejussor non obligetur, tamquam in aliam obligationem acceptus. Reus debet Stichum, aut Pamphilum utrum ipse voluerit. Fidejussor promittit Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse voluerit. Videntur omninò similes hæ duæ obligationes. Fidejussor tamen 7
non tenetur, quia in potestate ejus est alium velle, quàm reus voluisset *l. si Stichum* 38. *ff. de fidejuss.*

Contrarium tamen videtur respondisse Ulpianus in nostra *l. græcè* §. *contra*. Reus promisit Stichum, aut Pamphilum, quem creditor voluerit: Fidejussor promittit Stichum, aut Pamphilum, quem ipse voluerit. Obli- 8
gatur fidejussor: & tamen videtur in aliam obligationem acceptus, sicut in superiori exemplo.

Sed similia non sunt hæc duo exempla. In superiori exemplo petito ex *l. si Stichum* 38. 9
ff. de fidejuss. est in potestate ipsius fidejussoris alium velle, & ideò præsumitur ipsum velle alium, ne teneatur, argumento text. in *l. si ita stipulatus* 12. *ff. de V. O. l. sub hac ff. de oblig. & act.* Quoties enim ad impediendam, vel minuendam obligationem, sufficit voluntas debitoris, ea non expectatur, & etiam sine ulla declaratione præsumitur à Lege statim voluisse. Contrà verò in altero exemplo, cùm id pendeat à voluntate creditoris, cujus est electio, non præsumitur alium velle, quam fidejussor ipse velit, ne corruat ejus obligatio. Eadem enim ratione, quâ præsumitur debitorem nolle teneri, præsumitur creditorem velle eum obligari. Si enim noluisset eum obligari, non accepisset fidejussorem. Igitur creditor aut reum prius conveniet, & eo solvente fidejussor liberabitur. Aut conveniet prius fidejussorem, & petet ab eo Stichum, aut Pamphilum: nec enim aliter agere potest §. *si quis agens Inst. tit. de act.* Satius est autem prius convenire fidejussorem: ne si convenerit reum, atque ita elegerit, eo non solvente fidejussor liberetur alium eligendo; sed cùm hæc omnia posita sint in potestate creditoris, cujus interest habere fidejussorem obligatum, non obstant ejus obligationi, nec potest præsumi alium velle, quam velit ipse fidejussor.

Contrarium quoque videtur respondisse Paulus in *l. hi, qui accessionis* 34. *ff. de fidejussor.* Reus debebat Stichum, aut Pamphilum; fidejussor promittit Stichum: levior est

ejus obligatio ; quia mortuo Sticho liberatur. Adeoque rectè contracta est fidejussio. Est hic in potestate debitoris alium velle, quam debeat fidejussor ; nec ejus interest obligari fidejussorem, vel saltem magis ei expedit, habere liberam electionem, quam fidejussorem esse obligatum.

Animadvertendum est in hac lege nihil à Paulo definiri quoad obligationem fidejussoris, sed solum ab eo in controversiam adduci, ac definiri leviorem esse fidejussoris conditionem. Puto igitur valere quidem fidejussionem, sed hactenus pendere, quamdiu debitor elegerit, quemadmodum cùm futuræ, aut conditionali obligationi accedit. Sed hæc quæstio pendet ab altera quæstione, an in promissione disjunctiva, utraque res sit affecta obligatione, an verò debeatur quid incertum, quod solutione certum fiat. Si primum, non erit in pendenti obligatio fidejussoris, quia debebit Stichum, quem debet etiam reus principalis. Si secundum, erit in pendenti obligatio quamdiu constat, an Stichus, vel Pamphilus debeatur. Hoc autem videtur multò rectius : nam si primum admittamus, & illud probandum erit in *l. si Stichum* 38 *ff. de fidejuss.* obligari fidejussorem, quod falsum est.

His positis hæc regula statuenda videtur. Quoties electio est fidejussoris, inutilis est
11 fidejussio. *Si Stichum* 38. *ff. de fidejussor.* quia præsumitur alium velle. Quoties autem electio est creditoris, initio valet fidejussio : quia præsumitur in eodem concurrere. *l. græcè.* §. *contra ff. de fidejuss.* Denique quando electio est debitoris, quia incertum est, quem sit electurus, in pendenti est obligatio fidejussoris. Atque ita exponendum puto textum in laudata *lege. Hi, qui accessionis* 34. *in fine ff. de fidejuss.*

Sed iterum obstat text. in nostra *lege si ita* 42. *in fine ff. de fidejuss.* ubi Javolenus ait, quòd si reus debeat decem, fidejussor non potest promittere mille modios tritici Subdit
12 hanc rationem ; quia non potest pecunia æstimari merce, sicut merx æstimatur pecuniâ. Quibus verbis indicat, quod si reus deberet mille modios tritici, fidejussor posset promittere decem ; tunc enim merx pecuniâ æstimaretur. Atqui aliud est merx, aliud ejus pretium, & æstimatio *l.* 1. *ff. de rer. permut. l.* 1. §. 1. *in fin. ff. de contr. empt.* §. *si res aliena Inst. tit. de legat.*

Respond. quod Jurisconsultus non statuit, fidejussorem promittere posse æstimationem rei debitæ à principali debitore : sed quod non potest promittere mercem pro pecunia debita, quia pecunia merce non æstimatur,
sicut merx æstimatur pecuniâ. Ex hoc illud 13
rectè deducitur, quod numquam fidejussor potest pro pecunia mercem promittere ; poterit tamen pecuniam pro merce promittere : cùm merx pecuniâ fuerit æstimata. Et hoc verissimum est. Si reus principalis debeat mercem pecuniâ æstimatam, potest fidejussor pecuniam illam, hoc est æstimationem promittere. Ratio est in promptu, quia & ipse reus principalis debet eamdem æstimationem *l. quoties ff. de jure dotium.* quare non accipitur in aliam obligationem. Posset etiam tentari, quod cùm ibi agatur de mutuo, in quo juxta communem sententiam creditor post moram eligere potest utrum velit, rem, an æstimationem per *text.* in celebri *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* fidejussor obligari possit in æstimationem, quam commissâ morâ utique electurus est creditor, ut fidejussorem habeat obligatum secundum ea, quæ suprà diximus. Quod non valdè probo, cùm Interpretum nostrorum commentum putem illam electionem.

Opponi etiam potest, quod si reus fundum debeat, potest fidejussor usumfructum promittere *l. si à reo* 70. §. *si reo ff. de fidejuss.*
sed aliud est fundus, aliud ejus usufructus 14
l. rectè 25. *ff. de V. S. l. & per jusjurandum* 13. §. *illud ff. de acceptil.*

Respondetur, quod fidejussor, qui promittit usumfructum pro eo, qui debet fundum, similis est ei, qui promittit partem
pro eo, qui totum debet, *l. qui usumfructum* 15
58. *ff. de V. O.* Licèt enim usufructus à proprietate separatus, non sit pars fundi, sed fundi jus, ac servitus *l. Mævius* §. *fundo legato ff. de legat.* 2. *l. rectè ff. de V. S.* tamen conjunctus cum proprietate portionis instar est

d. *l. qui usumfructum ff. de V. O. l. si ab emptore ff. de evictiom.* Et hunc usumfructum promittit fidejussor. Ac si à reo principali solutus fuerit fundus deducto usufructu: sicut creditor potest à reo principali usumfructum petere *l. cum qui ita 56. §. si à te ff. de V. O.* ita poterit eumdem usumfructum petere à fidejussore. Et quamvis eo casu jus fundi sit, tamen incivile est fidejussorem non teneri *l. si à reo 70. §. si reo ff. de fidejuss.* emolumentum enim rei continet *l. Mævius 66. §. Junao legato ff. de leg.* 2. & sicut peti potest à debitore principali, ita & à fidejussore. Neque enim petitur tamquam jus, sed tamquam pars avulsa à proprietate, quia quoad eum, cui fundus debetur, partis instar obtinet, *l. cùm filius 76. §. dominus ff. de leg.* 2. licet quoad fructuarium sit jus distinctum, & diversum ab ipso fundo.

Posset etiam alicui scrupulum injicere, quod fidejussor promittere potest factum rei
16 principalis *l. cùm filius 49. ff. de fidejuss.* Hoc autem cùm sit factum alienum promitti non potest, nisi sub pœna *l. stipulatio ista 38. §.*
17 *at si quis ff. de V. O. l. sicut 65. ff. de fidejuss.* Potest igitur promittere quod non debet reus principalis.

Respondetur, quod ipse reus principalis si non fecerit, tenetur vel ad pœnam, vel in id, quod interest *l. si quis 13. in princ. & in fin. ff. de re judic.*

Qui putant fidejussorem similem esse reo constitutæ pecuniæ, possent ab hoc ad fidejussorem ducere argumentum, & concludere, quod sicut aliud pro alio constitui potest *l. 1. §. an potest ff. de const. pec.* ita & aliud pro alio possit à fidejussore promitti.

Sed non sunt similes fidejussores, & rei constitutæ pecuniæ. Reus constitutæ pecuniæ
18 potest plus promittere *l. hactenus §. 1. ff. de const. pecun.* potest promitti ei, qui non est creditor *l. eum, qui §. quod exigimus ff. eod.* potest constitui frumentum pro pecunia *l. 1. §. an potest ff. eod.* potest constitui citeriore die *l. 4. ff. eod.* & potest purè, vel certo die constitui id, quod sub conditione debetur, & eâdem conditione suspenditur *l. id, quod sub conditione 19. ff. eod.* & potest constitui alio loco *l. eum, qui 5. ff. eod.* Quæ omnia in fidejussione sunt improbata *l. gracè 8. §. illud commune, cum seqq. l. fidejussor. 16. in princ. §. 1. & seq. l. hi, qui 34. l. si à reo 70. ff. de fidejuss. §. fidejussores Inst. tit. eod.* Constituta enim solâ æquitate nituntur *l. 1. ff. de const. pec.* In fidejussione autem strictam Juris rationem sequimur *l. quicquid adstringendæ ff. de V. O.*

CAPUT V.

AD L. ULT. §. SI MULIER

Pen. ff. ad S. C. Vellejan.

SUMMARIUM.

1 *Mulier an possit renuntiare S. C. Vellejano.*
2 *Causa cur mulieribus interdicatur intercessio.*
3 *Civilia officia interdicta sunt fœminis: & quæ ea sint.*
4 *Ad civilia officia non admittitur mulier etiamsi renuntiet.*
5 *Fœminæ cur arceantur à tutela.*
6 *Beneficia ac privilegia, quæ dantur ob meritum, non dantur invitis: contrà, quæ dantur ob imbecillitatem, dantur etiam invitis.*
7 *In fraudem Senatuscons. excogitata rata non sunt.*
8 *Renuntiatio est in fraudem Legis.*
9 *Renuntiatio Legis Falcidiæ est in fraudem Legis.*
10 *Renuncians post biennium tenetur.*
11 *Cur mulier obligetur si post biennium confirmet obligationem.*
12 *Mulier post biennium potest consentire alienationi rerum propter nuptias donatarum.*
13 *Si mulier debitorem liberet, actio creditori restituitur.*
14 *Quis dicatur vetus debitor?*
15 *Mulier tuta est, etiamsi non oppositâ exceptione fuerit condemnata.*
16 *Vellejanum non succurrit mulieri exercenti liberalitatem suam.*
17 *Non decipitur mulier in casu proposito* in l. ult. ff. ad Senatusconsultum Vellej.
18 *Mulier etiam renuncians decipitur.*
19 *Cur mulier intercedendo decipiatur.*
20 *Pupillarum causa favorabilior quàm mulierum.*

POmponius ait. *Si mulier pro eo, pro quo intercessit, judicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: Quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debet exceptione se non usuram,*

& sic ad Judicem ire. Ex hâc lege id effici
1 putant Interpretes nostri, mulierem posse renunciare Senatusconsulti Vellejani beneficio. Atque id confirmant, tùm quia quilibet potest privilegio suo, ac beneficio renunciare *l. si Judex ff. de minor. l. pen. C. de pact. l. invito ff. de Reg. Jur.* tùm, quia mulier certior facta de Senatusconsulto eique renuncians, non meretur ejus auxilium, cùm non decipiatur, imò ipsa decipiat creditorem *l. 1. §. 2. & 3 l. si decipiendi 30. ff. ad S. C. Vellejan.* tùm denique, quia id mulieri promitti videtur tùm in *Nov. 118. c. 5.* tùm *in l. si mulier perfecta C. ad S. C. Vell jan.*

Ego tamen, ut contrà sentiam, moveor
2 his argumentis. Primùm, quia potissima causa removendi mulieres ab intercessione, fuit, quia pro alio intercedere est officium virile, ac civile. Officia autem virilia, ac civilia dempta sunt fœminis: adeoque multò magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris. Hæc est unica ratio, quâ nititur Senatusconsultum Vellejanum, tum à Paulo exposita in *l. 1. §. 1. ad S. C. Vellejan.* tùm in ipso Senatusconsulto expressa, cujus verba relata sunt in *l. 2. §. 1. ff. eod.* Quis autem dixerit mulierem, quæ obeundis virilibus officiis non est idonea, idoneam effici suâ ipsius voluntate, ac renunciatione, contra expressam Senatusconsulti prohibitionem? repugnat constitutio *l. non dubium C. de legib.*
3 Civilia, ac virilia officia sunt: Judicem esse: Magistratum gerere: postulare: procuratorem existere: & pro alio intervenire: & ab omnibus remotæ sunt fœminæ *l. 2. ff. de Reg. Jur. l. cùm Prætor 12. §. fin. ff. de judic. l. ult. C. de recept. l. 1. §. secundo loco ff. de postul. l. neque fœminæ 54. ff. de procur.* Quis dixerit, fœminam renunciantem his legibus, quibus arcetur ab hujusmodi officiis virilibus, posse aut Judicem, aut procuratorem existere, aut Magistratum gerere, aut postulare? Si non prodest mulieri renuntiatio, ut
4 ad hæc officia admittatur: multò minus prodesse potest, ut admittatur ad intercedendum, cùm ab hoc officio multò magis arceatur, quam ab aliis: quia in hoc non sola opera, nudumque ministerium mulieris versatur, sed etiam periculum rei familiaris *l. 1. §. 1. ff. ad S. C. Vellej.* Præterquam quod alia officia mulieribus interdicta sunt moribus *d. l. 1. §. 1.* Hoc autem, & moribus, & Senatusconsulto, ut indicant illa verba Senatusconsulti: *Tametsi antè videtur ita Jus dictum esse.*

Hîc autem monendum est perversè admodum Interpretes nostros, ex quo periculum rei familiaris versatur in intercessione, statuere mulierem posse intercedere cum renunciatione. Hoc enim efficitur, ut multò ma- 5
gis arcendæ sint fœminæ ab intercessione, non ut ad eam facilius admittantur. *l. 1. §. 1. ff. ad S. C. Vell.* Tutela quoque est officium virile, ac propterea arcentur ab ea fœminæ *l. tutela 16. & l. ult. ff. de tutel. l. 1. C. quando mul. tut. offic.* Ipsa quoque est onus, & quidem grave: in ea quoque versatur periculum rei familiaris. *Inst. tit. de legit. Patr. tut. l. 3. & passim ff. de tutel. toto tit. ff. de admin. & peric. tut.* Et tamen non potest mulier, etiamsi maximè velit hujusmodi periculum subire, etiamsi huic beneficio renuncier, ad tutelam admitti. *Novel. 118. cap 5. §. hoc autem l. ult. ff. de tutel.* Neque enim per renunciationem effici possunt idoneæ ad subeundum munus, quod proprium est masculorum *d l. ult.* sublatâ enim causâ periculi, superest alia causa, quæ per renunciationem non tollitur. Maritus quoque non potest renunciare privilegio, ne condemnetur ultra id, quod facere potest. *l. alia 14. §. 1. ff. solut. matrim.* est enim hoc contra reverentiam maritis debitam, quæ causa per renunciationem tolli non potest.

Confirmatur, quia etiamsi mulieres arcerentur ab intercessione ob solum periculum rei familiaris, tamen non possent huic beneficio renunciare. Beneficia non ejusdem modi sunt omnia. Quædam conceduntur ob meritum, virtutemque, & industriam personæ, aut ob commiserationem, ut sunt privilegia Militum, Doctorum, miserabilium personarum, & hujus generis cætera. Quædam tri-

buuntur ob imbecillitatem , imperitiam , & imprudentiam , ut consulatur quibusdam
6 personis , quæ ipsæ per se sibi satis prospicere non possunt , ut sunt pupilli , minores , prodigi , furiosi , mulieres. Illa indulgentur concedendo aliquid , quod non haberet , aut facere non posset is , cui conceduntur. Hæc tribuuntur prohibendo id , quod aliàs facere possent. Illa non essent beneficia , si tribuerentur invitis : nam ut ait Plautus in Trinummo : *nullum beneficium esse duco id , quod , cui facias , non placet.* & de illis agitur in *l. pen. C. de pact. in l. invito ff. de Reg. Jur.* Hæc autem contrà non essent beneficia , si non tribuerentur etiam invitis : prohibitio enim non volentes afficit , sed invitos. Finge furiosum sibi violentas manus inferentem : nullum ipsi confers beneficium, nisi gladium vi è manibus eripias. Rectè Seneca *de benefic. l. 2. cap. 14. Sunt quædam nocitura impetrantibus , quæ non dare , sed negare beneficium est* : & infrà : *Ut frigidam ægris negamus , & lugentibus , ac sibi iratis ferrum , aut amantibus , quicquid contra se usurus ardor petit : sic ea quæ nocitura sunt , impensè & submissè, nonnumquam etiam miserabiliter rogantibus , perseverabimus non dare* ; & rursus : *Exorari in perniciem rogantium sæva bonitas est. Quemadmodum pulcherrimum opus est , etiam invitos , nolentesque servare ; ita rogantibus pestifera largiri blandum & affabile odium est.* Servat nolentes , & invitos Jus Civile , pupillos , minores , furiosos , prodigos , mulieres , cùm prohibet eos obligari , & ideò non possunt huic beneficio renunciare , nam hoc ipso circumveniuntur *l. doli exceptio. versic. diversum est ff. de novat.* De pupillo , minore , & prodigo , aut furioso , nemo dubitat ; quid causæ est , cur de muliere dubitare debeamus , cujus est par ratio? enimverò incassum mulieribus prospexisset Senatusconsultum , si permitteret eis renunciare. Voluit Senatus prospicere mulieribus, quia facilè circumveniuntur , ac seducuntur à callidis hominibus , non prævidentes damnum , quod imminet ex intercessione. Profectò , mulier , quæ non prævidet damnum imminens ex intercessione , nec prævidet damnum imminens ex renunciatione. Nullum enim aliud damnum potest pati propter renunciationem , quod non pateretur ex sola intercessione ante hoc Senatusconsultum. Ideò mulier facilè adducitur ad intercedendum , quia sperat debitorem soluturum , aut restituturum quicquid ipsa pro eo solverit , ac propterea nullum se damnum passuram ex intercessione. Quæ ita animata est , quæ hoc certo sperat , promptissima erit , & paratissima ad renunciandum. Quid enim potest ei obesse renunciatio ?

Quamobrem hæc perpendentes Veteres Ju-
risconsulti responderunt , ea , quæ in frau- 7
dem Senatusconsulti excogitata probari pos-
sunt , rata haberi non oportere *l. quidam 29.*
in fin. ff. ad S. C. Vellejan. Quod autem re- 8
nunciatio in fraudem Senatusconsulti sit excogitata , dubitari non potest , per text. *in l. Sejus , & Agerius 27. ff. ad Leg. Falcid.* Lex Falcidia lata fuit tùm in gratiam ipsorum testatorum , ne intestati decederent , *princ. tit. Inst. vers. idque ipsorum. de Leg. Falcid.* tum ipsorum hæredum , ut ex hæreditate perciperent emolumentum *l. potest hæres 71. ff. ad Leg. Falcid.* Et tamen huic beneficio renunciare non possunt neque testatores , neque hæredes : & etiamsi concurrat simul volun-
tas testatoris , hæredis , & legatarii , tamen 9
inutilis est renunciatio quantumvis stipulatione vallata *l. quod bonis 15. § frater ff. ad Leg. Falcid.* tamquam initia contra Jus Publicum , & in fraudem legis *d. l. quod bonis 15. & d. l. Sejus 27. ff. ad Leg. Falcid.* Imò etsi hæres instituatur sub hac conditione renunciationis , & sub eadem conditione ei datus fuerit substitutus , tamen non impletâ conditione , potest hæreditatem adire , & excludere substitutum perindè , ac si conditio illa adscripta non fuisset *d. l. Sejus , & Agerius ff. ad Leg. Falcid.* Nam conditio in fraudem legis adscripta remittitur *l. si quis sub conditione ff. de condit. instit. d. l. Sejus. in fine.* Quantò magis igitur in fraudem Senatusconsulti , & inutilis erit renunciatio mulieris , cui interdictum est intercessione , tùm ne virilibus officiis fungatur , tùm ne periclitetur de re familiari *l. 1. ff. ad S. C. Vellejan.* quod

quod periculum non declinat renunciando. Quin imò inventa est renunciatio, ut periculum certius incurrat, & eludatur dispositio Senatusconsulti mulieri prospicientis.

Ut his fraudibus occurreret Justinianus in *l. si mulier* 22. *C. ad S. C. Vellejan.* statuit mu-
10 lierem non teneri, si intra biennium confirmaverit intercessionem suam; *quia ex consequentia suæ fragilitatis in secundam jacturam incidit*, teneri autem, si post biennium confirmaverit intercessionem suam. Renunciatio est confirmatio intercessionis: itaque nisi post biennium renunciet, non tenebitur.

Nec dici potest, nos supponere mulierem renunciasse postquam fuit certior facta de Senatusconsulti auxilio: contrà verò in laudata lege non supponi mulierem certiorem factam fuisse de Senatusconsulto, & ideò ei dari
11 biennium, ut possit de Senatusconsulto certior fieri, ibi: *si quod sæpius cogitare potuit, & evitare, non fecit, sed ultrò firmavit.* Primùm enim id generaliter constitutum est in omnibus mulieribus: nec distinguitur inter eas, quæ sciebant se esse munitas auxilio Senatusconsulti, easque, quæ id ignorabant. Neque in ea lege habetur ratio scientiæ, vel ignorantiæ, sed solius prolixitatis temporis, ibi: *videtur enim ex hujusmodi temporis prolixitate, non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere.* In his verbis oportet animadvertere, quòd Justinianus ex prolixitate temporis non deducit conjecturam scientiæ, quæ esset multò verosimilior. Sed confugit ad conjecturam remotissimam, & alienam à verisimilitudine, quòd mulier videatur in rem suam se obligare; ad quam utique non confugisset, si sola scientia, & notitia Senatusconsulti sufficeret ad obligandam mulierem confirmantem intercessionem suam.

Prætereà mulier post biennium confirmans intercessionem suam, ideò tenetur, quia sæpius potuit de sua intercessione cogitare, ac propterea non labitur in secundam jacturam ex consequentia suæ fragilitatis: sed ultrò firmat, quod potuit evitare: ut in laudata lege monet Justinianus. Tam longo tempore potuit sæpius cogitare, hoc est, explorare fidem debitoris, pro quo intercessit: explorare ejus facultates: accuratè expendere periculum imminens, aliarum exemplo, & adversis casibus admoneri, quàm periculosum sit pro alio intercedere. Hæc omnia ut sedulò mulier possit expendere, & sæpius cogitare de sua intercessione, tribuit ipsi tam longum temporis spatium Justinianus. Ergò si ante lapsum biennii, quomodòcumque confirmet intercessionem suam, non obligatur, quia non potuit sæpius cogitare, nec tantùm temporis effluxit, quantùm præscripsit ad cogitandum Imperator. Multò minùs obligabitur, si renunciando confirmet obligationem suam in ipso contractu intercessionis.

Quæ sine ullâ dubitatione confirmantur ejusdem Imperatoris autoritate *in Authent.* 12
Ut immob. ante nupt. donat. cap. 1. §. 1. & 2. ubi comparat mulierem intercedentem mulieri consentienti alienationi, vel hypothecæ rerum subjectarum donationi propter nuptias: & huic indulget idem biennii tempus ad confirmandum consensum semel præstitum alienationi, ad exemplum mulieris intercedentis. Rationem concedendi tam longum tempus ad cogitandum, tam mulieri intercedenti, quàm consentienti alienationi, eam affert: *quia multa primo auditu facilè peccari possunt, & facilè mulier seduci potest: cùm vero in plurimo tempore cogitaverit pro negotio, fiet forsan cautior.* Animadvertendum est, hîc agi de mulieribus, quæ sciebant sibi competere jus, eique renunciatunt, & tamen non valet renunciatio, nisi eam confirmaverint post biennium. Item improbatur in hac Constitutione quælibet via, quodlibet artificium, excogitatum, & institutum ad privandam mulierem jure suo, adeoque improbatur, tùm renunciatio, tùm omnis promissio mulieris, ut nullâ ratione possit amittere jus suum, nisi post elapsum biennium: & hoc exemplo mulieris intercedentis.

His probè constitutis non obstat text. in 13
nostra *l. ult.* §. *si mulier ff. ad S. C. Vellejan.* Ad hujus legis explicationem operæ pretium est animadvertere in ea agi de muliere expromittente, quæ alienam obligationem, li-

berato debitore, in se transtulerat: quo casu ita mulieri succurritur, ut in veterem debitorem actio restituatur *l. 1. §. 1. ff. ad S. C. Vellejan. l. quamvis §. quoties. cum seq. l. aliquando. in fin. cum leg. seq. l. si pro uno 20. l. debitrix 14. §. si pro eo l. quidam 29. ff. eod. l. si mulier 16. C. eod.* De hoc genere intercessionis agi in nostra lege demonstrant illa verba, ***ut non in veterem debitorem actio***
24 ***detur.*** Vetus debitor appellatur is, qui à muliere liberatus est, in quem, subductâ ab obligatione muliere, datur actio restitutoria, hoc est, restituitur actio, perindè ac si mulier eum non liberasset. *l. quamvis §. planè l. si mulier 14. ff. ad S. C. Vellejan. l. un. C. de reputat. quæ fiunt in judic. in integ. restitut.* Ergò mulier transtulerat in se debitoris cujusdam obligationem. Creditor, cùm intelligeret mulierem tutam esse Senatusconsulto Vellejano, Prætorem adivit, ut sibi restitueret actionem adversùs veterem debitorem, quod utique ei negare non poterat *l. 1. ff. ad S. C. Vellejan. l. un. C. de reputat. quæ fiunt in jud. restit. in integr.* Rem actam fuisse apud Prætorem demonstrant illa verba: ***debet cavere exceptione se non usuram, & sic ad Judicem ire.*** Cùm Prætor paratus esset dare restitutoriam creditori, mulier intervenit impeditura, ne in veterem debitorem actio daretur, dixitque, se pro eo paratam esse judicium accipere. Maluit ipsa ex sua intercessione conveniri, quàm permittere, ut in veterem debitorem actio restitueretur. Ut autem conveniri posset, utiliter cavit
25 Prætori se non usuram exceptione. Poterat Prætor exceptionem non dare; sed quia mulier etiam non oppositâ exceptione tuta est, etiamsi fuerit condemnata *l. tamen si ff. de Senatusconsult. Macedon.* idcircò à muliere exegit, ut caveret exceptione se non usuram.

Ex hâc facti serie liquidò constat, mulierem illam voluisse liberalitatem suam exercere erga debitorem, ne propter solutionem vexaretur. Senatusconsultum autem succurrit quidem oneribus mulierum, non tamen impedit, quominùs liberalitatem suam exerceant, & liberent aliquem à vexatione creditoris *l. si pro aliquo. §. 1. ff. ad S. C. Vellejan.* Non potest dubitari, quin hæc mulier velit pro debitore solvere, velit ei donare. Cur enim prohibet restitui actionem adversùs veterem debitorem? Cur ipsa vult conveniri, ne ille conveniatur, & cogatur ad solvendum? Cur renunciat exceptioni, ut efficaciter conveniatur? Non jam est incertum, aut remotum periculum, sed certum, ac præsens, quod ipsa spontè subire vult, etiam contra voluntatem creditoris, qui ipsi ad evadendum viam patefecerat. Donanti autem, & pro debitore solventi mulieri Senatusconsultum non auxiliatur *l. 4. & 5. ff. ad S. C. Vellejan. l. 4. C. eod.* Saltem est ad- 17
modum probabilis præsumptio, quam probat Justinianus, ac deducit ex confirmatione intercessionis factâ post biennium in *l. si mulier 22. C. ad S. C. Vellejan.* Videlicèt, quòd videatur mulier in rem suam intercessisse. Non constat in nostra lege renunciationem factam fuisse post lapsum biennii. Sed tamen multò plura concurrunt, quî conjecturam hanc facere possimus. Etenim mulier renunciat, postquam videt advenisse tempus solutionis, & creditorem exigere velle pecuniam sibi debitam. Impedit, ne pecunia exigatur ab eo, pro quo intercessit; imò impedit etiam ne conveniri possit. Ipsa conveniri vult, ne ille conveniatur, & ut efficaciter conveniri possit, renunciat exceptioni. Hæc certè, aut pro eo vult solvere, aut scit, se proprium negotium agere, & in rem suam intercessisse. Accedit auctoritas Prætoris, apud quem cavet exceptione se non usuram, quæ actus alioquin irritos solet confirmare, præsertim cùm actus à Lege improbatur ob periculum, quod imminet, ne quis, aut propter imbecillitatem animi decipiatur, aut objectâ aliquâ spe seducatur *l. 1. & toto tit. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. cùm hi, quibus 8. ff. de transact.* Certè hæc mulier non decipitur: deceptis autem Senatusconsultum opitulatur *l. 2. §. verba ff. ad S. C. Vellejan.*

His expositis ad reliqua facilis est, & prompta responsio. Non decipit mulier, quæ renunciat; sed decipitur. Scit quidem se non

18 teneri: sed ideò renunciat, ut teneatur, adeoque tantùm abest, ut velit decipere creditorem, ut potius renunciet, ne ipsum decipiat. Decipitur autem ipsa renunciando, licèt certior fiat de Senatusconsulto. Neque enim mulieres decipiuntur ob ignorationem Senatusconsulti. An non enim factum fuit Senatusconsultum, ne deciperentur? Ergò ante Senatusconf. decipiebantur, & tamen non poterant decipi propter ignorationem Senatusconsulti, quod nondum factum erat. Decipiuntur igitur, quia sibi facilè blan-
19 diuntur, & spondent de fide debitoris, neque in animum inducere possunt, eum permissurum ipsas vexari, & ad solutionem compelli. Decipiuntur igitur, imò magis circumveniuntur renunciantes, quàm non renunciantes. Nec permittitur renunciatio, in *l. si mulier* 22. *C. ad S. C. Vellejan*; aut in *Nov.* 118. *cap.* 5. Nam in *l. si mulier* permittitur solùm post biennium: quâ de re jam latè diximus. *In Nov.* 118. non permittitur, aut approbatur solum renunciatio;
20 sed præcipitur. Præcipitur favore pupillorum, quorum causa favorabilior est, quàm mulierum *l. si apud minorem ff. de minorib. l. ult. C. si mater indemnit.* Mulieres non minùs arcentur à tutela, quàm ab intercessione: utrumque enim virile munus est. *l. ult. ff. de tutel. l.* 2. *ff. de Reg. Jur. l.* 1. *ff. ad S. C. Vellejan.* Justinianus in favorem pupillorum admisit ad tutelam matrem, & aviam propter charitatem erga liberos. Ne hic favor in perniciem pupillorum redundaret contra *text. in l. nulla ratio ff. de legibus* necesse erat ipsis præcipere, ut renunciarent S. C. ut possent pro pupillis obligari.

CAPUT VI.

AD L. IN HIS 5. §. SI DUOS *ff. de solut.*

SUMMARIUM.

1 *Debitor potest ita solvere, ut unum ex fidejussoribus liberet.*

2 *Non potest tamen liberare quem voluerit.*

3 *Quid requiratur, ut unus tantùm liberetur, & 8. & seqq.*

4 *Qui non solvit nomine unius fidejussoris eum solum non liberat.*

5 *Debitor partem solvens liberat omnes fidejussores pro rata.*

6 *Qui solvit nomine unius fidejussoris, ipsum liberat.*

7 *Potest quilibet pro debitore solvere etiam ignorante, & invito.*

8 *Uno ex duobus reis solvente cæteri liberantur.*

9 *Debitor solvens id, quod unus tantum fidejussor debet, ipsum liberat.*

10 *Solutio in quam causam cedat, & quem liberet.*

11 *Non liberat eum fidejussorem, nisi solvat id quod ille debet.*

12 *Si fidejussor sit hæres rei principalis, pro ea parte, pro qua est hæres, liberatur ab obligatione fidejussoria: & quid Juris sit in pluribus fidejussoribus reo succedentibus.*

13 *Naturalis obligatio rei principalis non confunditur cum fidejussoria; & qua de causa.*

14 *Quid Juris sit in fidejussoribus, qui non tenentur in solidum.*

15 *Quo casu solvens tamquam principalis, se ipsum liberet etiam ab obligatione fidejussoria.*

16 *Fidejussoria obligatio per confusionem non tollit alteram obligationem fidejussoriam, & quæ sit ratio?*

EX facto quæsitum fuit. Qui centum debebat, Cajum, & Mævium fidejussores dederat, & decedens utrumque ex æquo hæredem instituerat. Cajus à creditore conveniebatur; offerebat quinquaginta, quæ debebat tamquam hæres principalis debitoris; & hâc solutione volebat liberari à tota obligatione. Licèt enim deberet alia quinquaginta, tamquam fidejussor: tamen cùm principalis solvendo possit liberare fidejussorem quemcumque voluerit, Cajus solvens quinquaginta tamquam principalis, declarabat, se velle liberare se ipsum tamquam fidejusso- 1
rem, auctoritate Ulpiani in *l. in his vero* 5. §. *si duos ff. de solut. Si duos quis dederit fidejussores, potest ita solvere, ut unum liberet.* Mirum quantùm se torserint principes nostræ civitatis Advocati, ut ab hoc laqueo se expedirent. Interrogatus à Judice respondi, non posse Cajum solventem quinquaginta liberari à tota obligatione: atque ita judicatum fuit.

Non potest debitor, qui solvit partem debiti liberare fidejussorem, quem voluerit, 2
neque hoc dixit Ulpianus in laudata *l.* 5. §.

si duos ff. de solut. Est enim falsissimum, cùm hoc non pendeat ab arbitrio debitoris. Potest tamen ita solvere, ut unum liberet. Ergò si velit unum liberare, debet eo modo solvere, quo possit ille liberari. Si solvat totum id, quod debet, utique omnes fidejussores liberantur *l. in omnibus* 43. *ff. de solut.* si partem debiti solvat, omnes pro rata liberantur. Potest tamen ita solvere, ut unus liberetur, alter maneat obligatus. Sed hoc
3 omninò necessarium est, ut solvat nomine ejus fidejussoris, quem vult liberare: & solvat id, quod ille debet.

Primùm igitur necesse est, ut solvat nomine ejus, quem vult liberare. Innuit hoc Julianus in *l. quoties* 37. *ff. de solut.* ubi ait, quòd reus liberat unum ex fidejussoribus: si
4 non ex sorte decedat id, quod solvit, & solvat nomine ejus fidejussoris, cujus debitum solvit. Quamobrem si ex sorte decedat id, quod solvitur, hoc est, si ex causa proprii debiti solvatur à reo principali, non verò nomine fidejussoris: non poterit fidejussorem illum liberare.

Atque id ratio suadet evidenter. Obliga-
5 tio fidejussoris est quædam accessio principalis obligationis §. *fidejussores Inst. tit. de fidejussor. l. hi, qui* 34. *ff. eod.* adeòque sequitur principalem obligationem: & sicut non potest contrahi fidejussoris obligatio, nisi subsit obligatio principalis, cui applicatur *l. fidejussor* 16. *in princ. &* §. *fidejussor ff. de fidejuss.* ita corruente, & extinctâ principali obligatione corruit, ac tollitur obligatio fidejussoris in *l. in omnibus ff. de solut.* secundùm naturam accessionis *l. nihil dolo. in fine, & l. cùm principalis ff. de Reg. Jur.* Si igitur duo, pluresve fidejussores eidem obligationi accesserint, sublatâ per solutionem principali obligatione, omnes liberentur necesse est. Et si principalis obligatio pro parte solvatur, pro rata parte quoque corruat omnium fidejussorum obligatio necesse est: cùm enim omnes illæ obligationes pares sint, & ejusdem conditionis, & eidem obligationi innitantur, subtracto fundamento, cui insistebant, nulla ratio est, cur non omnes ex æquo debeant intercidere. Cujuscumque obligationis fidejussoriæ pars, quæ adhærebat parti illi principalis obligationis, quæ dissoluta est per solutionem, amplius subsistere non potest sublato fulcimento, à quo sustinebatur. Quemadmodum si eidem fundamento plures muri superstruuntur, subductâ parte fundamenti corruit pars omnium murorum, quæ parti illi fundamenti erat superædificata.

In proposita specie, si debitor solvisset quinquaginta proprio nomine, extincta fuisset ejus obligatio in quinquaginta, nempè pro dimidia parte; & quia huic parti jam extinctæ obligationis adhærebat dimidia pars obligationis tam Caji, quàm Mævii, utra- 6
que pro dimidia fuisset extincta, & tam Cajus, quàm Mævius pro dimidia parte liberati: quapropter ut solus Cajus liberetur, necesse est, ut debitor solvat nomine ipsius Caji; tunc enim Cajus liberatur perindè, 7
ac si ipse solvisset. *l. quoties. in princ. ff. de solut.* Potest enim quilibet pro alio solvere, eumque vel ignorantem, & invitum ab obligatione liberare *l. solutione* 23. *l. solvere* 53. *l. si pro me* 40. *ff. de solut. l. solvendo ff. de negot. gest. l. manifesti C. de solut.*

Verum tamen si Cajus, & Mævius in solidum essent obligati, ut solent fidejussores, debitor solvendo quinquaginta nomine Caji, liberaret etiam Mævium in quinquaginta, nam Cajus solvendo liberat etiam Mævium *l. amissi. in fin. ff. de fidejuss.* Nam in duobus reis uno solvente cæteri liberantur §. *ex hujusmodi Inst. tit. de duobus reis. l.* 2. *& l.* 3. §. 1. *ff. de duobus reis.* Et cùm Cajo partem solvente liberetur pro ea parte debitor principalis, pro eadem parte reliqui omnes fidejussores liberentur necesse est, extinctâ principali obligatione.

Non sufficit igitur debitorem principalem solvere id, quod debet unus ex fidejussori- 8
bus, nisi etiam solvat ejus nomine. Ut putà, si Cajus, & Mævius fidejusserint non in solidum, sed singuli in quinquaginta; solvit quidem id, quod debet Cajus, non tamen liberat solum Cajum, nisi solvat ejus nomine; sed uterque, ut diximus, pro rata liberatur.

Aliquando tamen solvendo id, quod unus debet, eum solum liberat, etiamsi ejus nomine non solvat. Accidit id cùm singuli fidejussores diversas res debent. Reus principalis debebat Stichum, & Pamphilum: de Sticho fidejussor est Cajus, de Pamphilo
9 Mævius. Si reus principalis Stichum solvat, utique solum Cajum liberat. Mævium autem liberare non potest, cùm non solvat id, quod ipse debet *l. cùm quis* 38. *§. qui hominem l. si quis aliam ff. de solut. l. si cùm aurum ff. eod.* Item si debet pecuniam, quam in arca habet, & pecuniam, quam habet in vidulo; & pro pecunia, quam habet in arca, fidejussor sit Cajus, pro alia Mævius. Solvendo pecuniam, quam habet in arca, solum Cajum liberat, etiamsi non solvat ejus nomine. Idem dicendum de reo, qui
10 ex pluribus causis debeat. Nam solvens ex una causa liberat solum fidejussorem, qui pro ea causa intercessit: & si non declaret, ex qua solvat, liberabit fidejussorem, qui accessit duriori causæ, quia in duriorem causam solutum videtur *ll.* 1. 2. 3. 4. 5. *& seq. ff. de solut.* si pares causæ sint, eum, qui pro antiquiori debito fidejussit, quia antiquius in pari causa gravius est *l.* 5. *in princ. ff. de solut.* & facit ad rem text. *in l. ubi fidejussor* 24. *ff. de solution.* in qua licèt agatur de solutione factâ à fidejussore duorum debitorum, tamen dubitari non potest, idem dicendum de solutione factâ à debitore ex pluribus causis habente plures fidejussores, argumento *l. quoties ff. eod.* Quod si plures causæ, & æque pares sint, & æque antiquæ, uterque fidejussor pro rata liberabitur: solutio enim cedit in utramque causam pro rata *l. illud* 8. *ff. de solut.* Multò magis igitur uterque fidejussor pro rata portione liberabitur, si ex unica causa debeat, & solvat nomine proprio; & non declaret se solvere nomine fidejussoris, semper enim pro semetipso solvere præsumitur *l. cùm ex pluribus ff. de solut.*

Non sufficit reum solvere nomine fide-
11 jussoris, ut eum liberet ab obligatione. Illud etiam necessariò requiritur, ut solvat id, quod debet ille fidejussor, quem vult liberare: si enim aliud solvat, etiamsi solvat ejus nomine, illum non liberabit: quia nec si ipse fidejussor id solveret, liberaretur *l. si quis aliam, & l. si cùm aurum ff. de solut.* solutione enim ejus, quod debetur, tollitur obligatio. *princ. tit. Inst. de fidejuss.* Itaque si debeat Stichum, & Pamphilum, solvendo Stichum, non potest liberare eum, qui pro Pamphilo fidejussit, licet ejus nomine solvatur: & hoc est Juris explorati.

His expositis facilè quivis intelliget, cur Cajus solvendo quinquaginta non possit à tota obligatione liberari. Cajus, & Mævius fidejussores in solidum succedunt reo principali, qui debebat centum. Uterque incipit debere quinquaginta tamquam hæres, & 12
reus principalis, & hæc amplius non debet tamquam fidejussor, quia per confusionem tollitur, & extinguitur obligatio fidejussoria, quæ absorbetur à principali *l. generaliter. in princ. ff. de fidejuss. l. cùm quis §. ult. & l. si duo* 93. *§. penult. l. Stichum* 95. *§. quod vulgò ff. de solut.* non potest enim ea debere simul & tamquam principalis, & tamquam fidejussor, cùm nemo possit esse fidejussor sui ipsius *l. hæres* 21. *§. servo tuo ff. de fidejuss.* Cajus igitur debet quinquaginta tamquam reus principalis, quia est hæres debitoris: & debet alia quinquaginta tamquam fidejussor Mævii, in quem translata est obligatio debitoris defuncti pro reliqua parte, pro qua ipse erat fidejussor defuncti. Etenim pro hac parte obligationis, quæ in Mævium translata est, Cajus manet obligatus tamquam fidejussor, cùm pro hâc parte non sit sublata per confusionem obligatio fidejussoria. Eâdem ratione Mævius debet quinquaginta, tamquam principalis, cùm sit hæres defuncti debitoris, pro quibus est fidejussor Cajus. Debet & alia quinquaginta tamquam fidejussor eorum quinquaginta, quæ à Cajo principaliter debentur. Itaque uterque est debitor principalis, & fidejussor: Cajus est fidejussor Mævii, & Mævius fidejussor Caji. Supponimus autem defunctum 13
fuisse verum debitorem, nam si naturaliter tantùm fuisset obligatus, non tolleretur per confusionem obligatio fidejussoria. *l. hæres.*

§. *servo tuo ff. de fidejuss.* Quia neque principalis obligatio potest perimere fidejussoriam, cùm sit imbecillior, & infirmior *l. Stichum. § quod vulgò ff. de solut.* neque fidejussoria potest perimere principalem, cùm ei accedat, eamque sequatur. *c. accessorium de Reg. Jur. in 6.*

Progrediamur ad solutionem Caji. Cajus solvit quinquaginta: aut ea solvit tamquam principalis, & hæres defuncti, aut ea solvit tamquam fidejussor; si solvit ea quinquaginta, quæ debet tàmquam principalis, non potest liberari in iis quinquaginta, quæ debet tamquam fidejussor, quia illa non solvit. Summa enim, quam debet tamquam principalis, diversa est à summa, quam debet tamquam fidejussor: cùm non possit eamdem summam debere simul & tamquam principalis, & tamquam fidejussor, ut diximus. Non liberat autem fidejussorem, quem vult, qui non solvit summam ab eo debitam, ut probavimus. Præsertim quia si solvit tamquam principalis, non solvit nomine fidejussorio. Itaque solvendo quinquaginta, quæ debet nomine hæreditario, & tamquam principalis, liberat Mævium ab obligatione fidejussoriâ: quia pro ea summa fidejussor est Mævius. Eamdem enim summam, quam debet Cajus, tamquam principalis, debet Mævius tamquam fidejussor, eamque summam, quam Cajus debet tamquam fidejussor, debet Mævius tamquam principalis.

Quòd si Cajus solvat tamquam fidejussor, liberatur quidem ab obligatione fidejussoriâ, non verò à principali. A principali enim obligatione liberat Mævium, cùm solvat eam summam, quam debet Mævius tamquam principalis: *princ. Inst. tit. quib. mod. tollit. oblig.*

Fingamus jam Cajum, & Mævium non fuisse fidejussores in solidum, sed utrumque pro æquis partibus, cùm succedat uterque reo pro æquis partibus, pro dimidia parte per confusionem tollitur obligatio *l. 1. & l.*
14 *pen. C. de heredit. action.* itaque uterque debet quinquaginta tamquam hæres, hoc est, tamquam reus principalis: & alia vigintiquinque tamquam fidejussor. In reliquis enim per confusionem sublata est obligatio. Quamobrem si Cajus solvat quinquaginta, quæ debet tamquam hæres defuncti debitoris, liberat Mævium pro summa eorum vigintiquinque, quæ debet tamquam fidejussor. Quod si solvat 25. quæ debet tamquam fidejussor, liberat Mævium in pari summa, hoc est in dimidio ejus, quod debet tamquam principalis.

Proponamus modò speciem, in qua Cajus solvens tamquam principalis, se ipsum liberet ab obligatione fidejussoriâ. Fingamus, 15
duos reos debendi sibi invicem in solidum esse fidejussores, & præterea utrique fidejussorem in solidum esse Cajum. Moritur unus ex duobus reis, eique succedit Cajus ex asse. Per confusionem tollitur obligatio fidejussoria, quâ anteà obstrictus erat pro defuncto, cui successit. Manet tamen obstrictus tribus obligationibus. Prima est principalis, quâ tenetur tamquam hæres defuncti. Aliæ duæ sunt fidejussoriæ: altera, quâ & antea tenebatur, & nunc etiam tenetur pro reo superstite: altera, quæ in eum translata est, per hæreditatem, quâ defunctus erat obstrictus tamquam fidejussor correi. Neutra enim ex his duabus obligationibus alteram extinguit, cùm ambæ pares sint, nec ulla potentior alterâ *l. generaliter ff. de fidejuss. l. si reus promittendi 13. ff. de duob. reis l. non est novum 10. ff. de act. empt.* & nominatim in *l. heres 21. §. 1. ff. de fidejuss.* Si Cajus, 16
qui tribus hisce obligationibus obstrictus erat, aliquid solvat tamquam debitor principalis, pro parte solutâ liberatur, & ab obligatione principali, & ab utraque obligatione fidejussoriâ: quia ex qua parte liberatur à principali obligatione, liberat & correum suum *l. 2. & 3. §. 1. ff. de duobus reis §. 1. Inst. tit. eod.* liberato autem correo, cujus ipse est fidejussor, necesse est, ut etiam ipse liberetur ex causa fidejussionis *l. in omnibus ff. de solution.* & quidem ex utraque causa, ex utraque obligatione, cùm harum obligationum ea natura sit, ut non solùm per solutionem utraque tollatur, sed etiam, ut alterà in judicium deductâ, altera con-

ſumatur *l. generaliter. in fine ff. de fidejuſſ.*

Si quid ſimile acciderit, facillimè poterit definiri, dum illud ſemper teneamus, non eſſe in arbitrio debitoris ſolventis liberare fidejuſſorem, quem voluerit, ſed poſſe ſolummodò liberare eum fidejuſſorem, cujus nomine ſolvit, aut cujus debitum ſolvit, ut initio expoſuimus. Neque in his controverſiis dirimendis poterit quiſquam errare, ſi accuratè expenderit, quæ ſumma ſolvatur, & quæ debeatur à fidejuſſore, qui liberandus eſt.

CAPUT VII.

AD L. MARCELLUS 25. *ff. de fidejuſſ.*

SUMMARIUM.

1 *Proponuntur verba Legis; & quorumdam de ea ſententia.*
2 *Fidejuſſor pupilli tenetur: & quare.*
3 *Fidejuſſor prodigi, & furioſi non tenetur: & quare.*
4 *Fidejuſſori non debet eſſe damnoſum officium ſuum.*
5 *Quibus ex cauſis pupillus, furioſus, prodigus obligentur ſine tutoris & curatoris auctoritate.*
6 *Fidejubens pro pupillo, furioſo, & prodigo obligatis poteſt ab iis repetere quod ſolvit: & quâ actione*
7 *Solvente fidejuſſore pupillus, prodigus, & furioſus fiunt locupletiores.*
8 *In hac Lege agitur de reſtitutione in integrum.*
9 Subveniendi *verbum refertur ad reſtitutionem.*
10 *Reſtitutio in integrum non prodeſt fidejuſſoribus.*
11 *Fidejuſſor liberatur quoties habiturus eſſet regreſſum adverſus reum jam liberatum.*

HAnc Legem aggreſſi ſunt ferè omnes magni nominis Interpretes: quam
proſpero ſucceſſu, alii judicent. Ego eam
ita explicabo, ut nulla poſſit eſſe amplius
controverſia apud Viros Doctos, & non
refractarios: neque tamen illam aut emen-
dare auſim cum multis, aut ex Jure Civili
expungere, quaſi in ea proponatur Marcelli
ſententia non tamen probetur, ut alii ſunt
1 arbitrati. Legis verba ſunt hæc. *Marcellus*
ſcribit: Si quis pro pupillo ſine tutoris aucto-
ritate obligato, prodigove, vel furioſo fide-
juſſerit, magis eſſe ut ei non ſubveniatur,
quoniam mandati actio non competit.

Duo occurrunt in hac Lege, quæ homini
etiam in Jure Civili exercitato ſcrupulum
injicere poſſint. Primùm, quod putaverit
Marcellus teneri fidejuſſorem furioſi, &
prodigi. Quod teneatur fidejuſſor pupilli ſine 2
tutoris auctoritate contrahentis in confeſſo
eſt, dum ille ſit proximus pubertati *l. ſi pu-*
pillus 127. ff. de V. O. l. ſi pupillus 35. ff.
de recept. arb. Et ratio eſt in promptu: quia
pupillus pubertati proximus contrahens ſine
tutoris auctoritate naturaliter obligatur *l. 1.*
in fin. ff. de novat. l. cùm illud 25. §. 1. ff.
quando dies leg. ced. l. ſi pupillus 21. in princ.
ff. ad Leg. Falc. l. ult. in princ. ff. de jurejur.
l. Stichum 95. §. aditio & §. naturalis ff. de
ſolut. Atqui naturali obligationi accedere
poſſe fidejuſſorem non dubitatur *l. fidejuſſor*
16. §. fidejuſſor ff. de fidejuſſ. §. in omnibus
Inſt. eod. Sed ut hoc veriſſimum eſt, ita 3
falſiſſimum eſt, teneri fidejuſſorem prodigi,
aut furioſi ſine conſenſu curatoris contra-
hentium *l. ſi a reo 70. §. ſi à furioſo ff. de fi-*
dejuſſ. Et ne quis putet fortaſsè hâc de re
fuiſſe controverſiam inter Veteres Juriſcon-
ſultos; idem Ulpianus, qui Auctor eſt Le-
gis, quam explicamus, diſertè monet fide-
juſſorem prodigi, & furioſi non teneri, in
l. is cui bonis 6. ff. de Verb. obl. Et meritò:
nam qui nullo modo eſt obligatus, nec na-
turaliter, nec civiliter, fruſtrà dat fidejuſſo-
rem *l. fidejuſſor 16. in princ. ff. de fidejuſſ.* at
prodigus, & furioſus ſine curatore nec na-
turaliter, nec civiliter obligantur, cùm con-
ſenſu deſtituantur, & ſi quid egerint, nihil
egiſſe intelligantur *l. 2. ff. de jur. eod. l. 5.*
ff. de Reg. Jur. l. ſi à reo §. ſi à furioſo ff. de
fid. l. is cui bonis 6. ff. de V. O. l. furioſi 40.
ff. de Reg. Jur.

Secundum eſt, quòd inepta videtur ratio
adjecta in Lege noſtrâ, cùm potiùs videatur
ſubveniendum fidejuſſori, quoniam mandati
actionem non habet, ne ei damnoſum ſit
officium ſuum. *l. ſi ſervus 61. §. quod verò* 4
5. verſ. multò æquius ff. de furt. l. ſed ſi quis 7.
ff. teſtam. quem aper. l. cùm quadam 26. C. de
admin. tut.

Hæc sunt, quæ videntur contra rationem Juris ab Ulpiano, & Marcello prodita in *d. l. Marcellus.* Sed re ipsâ ejusmodi non sunt, ut videntur. Ac primùm omnium observandum est, ibi agi de furioso, & prodigo, pupilloque obligatis sine auctoritate tutoris: verba Legis sunt: *Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, &c.* Supponuntur igitur pupillus, furiosus, & prodigus obligati: ac propterea mirum non est, si obligetur, ac teneatur etiam eorum fide-
5 jussor. Non obligantur quidem pupillus, furiosus, & prodigus contrahendo, nisi tutoris, & curatoris auctoritas interveniat, sed tamen etiam sine ullius auctoritate obligantur, quoties ex re actio venit; quoties scilicet obligatio non ex consensu nascitur, sed ex facto aliquo; ut si habeant fundum communem cum aliquo; & is aliquid in eum fundum impenderit, certè obligatur pupillus, furiosus, & prodigus ad refundendas impensas *l. furiosus 46. ff. de oblig. & act.* & quicumque alicujus ex his negotia gerit, eos sibi obligat, etiam tutore, & curatore ignorantibus *l. 3. §. pupillus. cum seq. ff. de negot. gest.* atque eadem de causa ipsi obligantur tutoribus, & curatoribus suis, & tenentur actione tutelæ contrariâ *l. 1. §. 1. & 2. ff. de contr. tut. act.* & iis, qui pro tutore, vel curatore negotia gesserint *l. ult. ff. de eo qui pro tut.* Uno verbo, in obligationibus, quæ sine consensu consistere non possunt, hi non tenentur sine tutoris, & curatoris auctoritate propter judicii imbecillitatem: at verò adstringuntur obligationibus illis, quæ sine consensu contrahuntur, quia in his nullum obsistit impedimentum, quo fiat ut obligari non possint. Eum autem, qui fidejussit pro pupillo, furioso, prodigove his modis obligatis, teneri non ambigitur, cùm omni obligationi possit accedere fidejussor *l. 1. l. gracè 8. §. 1. cum seq. ff. de fidejuss.*

Atque hæc suboluerunt etiam eloquentissimo Donello: sed tamen rem non potuit expedire. Hoc enim constituto non solùm inepta est ratio, quæ adjicitur in nostra Lege, sed omninò falsa. Ait enim Marcellus fidejussorem teneri, *quia mandati actio non competit.* Atqui si fingimus ibi fidejussorem intercessisse pro furioso, & prodigo obligatis, habebit fidejussor, si non mandati actionem, saltem actionem negotiorum gestorum *l. 3. §. pupillus. cum seq. ff. de negot. gest.* gerit 6
enim eorum negotium utiliter fidejussor, cùm pro illis Jure obligatis solvit, eosque liberat ab obligatione *l. sed videamus 4. ff. de negot. gest.* neque eò confugere licet, quod fortassè illi, pro quibus fidejussor solverat, locupletiores facti non erant, cùm hoc æstimandum sit tempore litis contestatæ *l. litis 37. in pr. ff. de neg. gest.* nam primùm in nostra Lege generaliter negatur actio fidejussori, cùm tamen vix possit accidere, ut ex illa solutione prodigus, & furiosus non 7
sint facti locupletiores, cùm liberati sint ab obligatione. Præterea semper illi fiunt locupletiores hoc ipso, quòd non sunt facti pauperiores, quia non sunt coacti solvere propter fidejussorem, qui suscepit onus solutionis *l. in pupillo §. 1. ff. de solut.* Quamobrem scopulum declinantes in Syrtes impegimus; sed has etiam prætervecti feliciter enavigabimus.

Animadvertendum igitur est, in ea Lege pertractari de pupillo, furioso, & prodigo Jure obligatis, ut diximus, & in integrum restitutis. Nulla in ea Lege mentio est restitutionis, sed tamen conjecturâ id facilè assequi possumus. Primùm enim Lex illa deprompta est ex libro undecimo Ulpiani ad 8
Edictum: quo in libro certum est Ulpianum pertractasse de restitutione in integrum, quæ minoribus à Prætore conceditur, ut constat ex titulo, *ff. de minoribus*, in quo sunt undecim, eæque longissimæ leges depromptæ ex libro 11. Ulpiani ad Edictum, in quibus de hâc restitutione agitur: & in *l. 1. ff. de min.* quæ ex eod. libro deprompta est, Ulpiani proponit Edictum Prætoris de restitutione, ejusque explicationem exorditur, quam prosequitur in legibus subsequentibus. Ac si divinare licet, præponenda erat hæc lex legi *in causa 13 ff. de min.* sed quia in ea idem copiosius explicatur, hoc fragmentum absciderunt compilatores, & in locum hunc rejecerunt,

cerunt, cùm in illa *l. in causa* 13. nihilòminus satis explicetur quid Juris sit de fidejussore minoris restituti, & in hac de minoribus non pertractatur, quod in eo titulo propositum est; sed de pupillo, furioso, & prodigo.

Præterea observanda sunt verba illa nostræ legis: *magis esse ut ei non subveniatur*: quæ ut propria sunt restitutionis; ita minimè conveniunt, si generaliter legem accipiamus. *Subvenire* enim alicui dicimur, quoties ille tenetur ipso Jure, sed ei aliquod indulgemus auxilium, quo id consequatur, ut cogi non possit ad solvendum: quod minimè convenit fidejussori obligato, de quo ineptè quis dixerit ei non subveniri, cùm nullus suppetat modus quo ei subveniri possit. Sunt autem hæc verba aptissima ad indicandam restitutionem: subveniri enim ei dicitur, cui porrigitur auxilium restitutionis, *l. minoribus* 6.
9 *l. ait Prætor* 7. §. *sed etsi* 2. & §. *sed etsi* 5. *l. si ex causa* §. *nunc videndum, cum seq. l. verum* §. *quid si ff. de min.* & passim in eo titulo. Et aptissimè idem Ulpian. in *l. in causa* 13. *in princ. ff. de min. Non est æquum fidejussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio: in summa perpendendum erit Prætori, cui potius subveniat, utrum creditori, an fidejussori: nam minor captus neutri tenebitur.* En eadem sententia, iisdemque ferè verbis expressa. Et in *l. minor* 51. *ff. de procur. Minor viginti quinque annis defensor idoneus non est: quia & ipsi, & fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur.* Et in *l. si pupillus* 89. *ff. de acquir. vel om. hær. Si pupillus hæreditate se abstineat, succurrendum est & fidejussoribus ab eo datis.* Quamquam hic fortassè non agitur de restitutione, ut putant Interpretes.

His positis, nihil est in nostra lege, quod abhorreat. Finge enim pupillum, furiosum, aut prodigum jure obligatos sine tutore, aut curatore, quamquam furiosum, & prodigum, etiam cum curatore obligatos supponere possumus, cùm in nostra lege contrarium non sit expressum. Ac si placet, finge speciem propositam in *l. si ex causa* §. *si in commissum ff. de min.* aut in *l.* 1. *C. si advers. delict.* quæ tamen furioso convenire non potest. Hos autem ita obligatos propone fuisse in integrum restitutos: quæritur an hæc restitutio prosit etiam eorum fidejussoribus: seu an per restitutionem ipsis solummodò subveniatur, an etiam eorum fidejussoribus. Controversia adeo obscura, ut in ea nemo non cæcutiat: sed & huic nos lucem non modi- 10
cam attulimus. Hac de re sæpè etiam Veteres quæsivere, ac præsertim Ulpianus tùm in *l.* 3. §. *sed utrum. vers. sed an hoc*: tùm in *l. in causa* 13. *in princ. ff. de min.* Hæc eadem controversia ab eodem Ulpiano proponitur in hac lege: & ex sententia Marcelli respondet, fidejussori non subveniri, sicut respondit etiam in *d. l. in causa* 13. *in princ. ff. de min.* Addit hanc rationem: *quoniam mandati actio non competit.* Ac merito quidem: quia si fidejussor haberet actionem mandati adversus restitutos, necesse esset subvenire 11
etiam fidejussori, ne foret inutilis restitutio iis, qui fuerant restituti, cùm parùm eorum intersit an à principali, an à fidejussore conveniantur. Idcirco quoties fidejussor habiturus est regressum adversus principalem, liberatur etiam fidejussor, ne principalis frustrà sit liberatus, *l. ult. in fin. C. de usur. rei jud. l. quod dictum ff. de pact. l. sed si paterfamilias* §. *non solum ff. de S. C. Maced. l. cùm lex.* 46. *ff. de fid. l.* 1. §. *exceptionem in fin. ff. quar. rer. act.* Quamobrem idem Ulpianus etiam in *l. in causa* 13. *ff. de min.* monet, fidejussorem minoris restituti in integrum non habiturum mandati actionem. Quorsum enim restitutio, si possit minor à fidejussore conveniri? De his, quæ diximus, credo non dubitabit, qui hanc cum illa lege contulerit, & utramque accuratè perpenderit.

CAPUT VIII.

AD L. SI PUPILLUS 89. *ff. de acquir. vel om. hered.*

SUMMARIUM.

1 *Restitutio concessa minori non prodest fidejussori.*

2 *Minor adiens hereditatem indiget restitutione, ut possit abstinere; secùs in pupillo.*
3 *Quando restitutio minoris prosit fidejussori.*
4 *Deficiente causâ obligationis debitor non tenetur, & potest se tueri exceptione doli.*
5 *Restitutio adversùs inconsultò aditam hereditatem prodest etiam fidejussoribus: & quare?*
6 *Exceptio doli transit ad fidejussores.*
7 *Minor restitutus adversùs aditam hereditatem nec naturaliter, nec civiliter manet obligatus.*
8 *Explicatur* l. si quis pro eo 56. ff. de fidejuss.
9 *Ubi naturalis manet obligatio, fidejussor non liberatur: secùs si nec civilis, nec naturalis obligatio subsistat.*
10 *Naturales obligationes nec Prætor tollit, neque Jus Civile: & quare?*

QUoniam incidimus in restitutionem in integrum, explicemus duas alias leges, quæ eòdem pertinent, Interpretibus nostris plus nimio molestas. Fatentur plerique omnes, restitutionem in integrum non prodesse fidejussori minoris, ita ut licèt minor ipse per restitutionem liberetur, atque eximatur ab obligatione, tamen fidejussores ejus ma-
1 neant obligati, ad text. in *l. 1. & 2. C. de fid. min.* cum aliis. Duæ sunt tamen leges in quibus contrarium videtur affirmari. Prima est, quam modò explicamus, *l. si pupillus 89. ff. de acquir. vel om. hær.* verba legis hæc sunt: *Si pupillus se hereditate abstineat, succurrendum est, & fidejussoribus abeo datis, si ex hereditario contractu convenirentur.* Idem confirmatur totidem ferè verbis in *l. 2. in fin. ff. de adm. & peric. tut. Si satisdedit tutor, mox abstinuit pupillus, fidejussoribus quoque ejus debet subveniri.*

In his legibus agi putant Interpretes de restitutione in integrum, quia agitur de pupillo, qui jam adiit hæreditatem, & ut posteà se abstineat, in integrum restituen-
2 dus est. Ego contra sentio. Animadvertendum est, in utraque lege agi de pupillo, non de minore. Hoc autem minor, ac pupillus interest; quòd minor, si se immiscuerit hæreditati, non potest se ab ea abstinere, nisi fuerit restitutus in integrum: pupillus verò etiam sine ulla restitutione potest se abstinere, etiamsi se immiscuerit *l. impuberibus. 11. & l. necessariis 57. ff. de acquir. vel om. hered.*

Atque ita facilè eluditur argumentum. Sed hîc non hæreo: quî fit enim, ut pupillo se abstinente sine restitutione potiùs liberetur fidejussor, quàm si restitutionem in integrum impetraverit, eâque impetratâ se abstinuerit? Dico igitur liberari fidejussores, etiamsi minore se abstinuerit, cui certè necessaria est
restitutio. Ulpianus in *l. denique 4. §. sed* 3
utrum. vers. sed an hoc ff. de min. ait restitutionem interdum prodesse fidejussoribus. Hanc unam esse speciem, in qua prodest restitutio fidejussoribus, nullus dubito. Caussam paucis aperiam. Quotiescumque quis aliquâ causâ adducitur ad promittendum, si causa illa falsa sit, aut ex post facto evanescat, non tenetur. Obligatur quidem ipso Jure, & conveniri potest: sed frustrà convenitur, quia repellere potest actorem ex-
ceptione doli mali. *l. 1. §. circa ff. de dol.* 4
mal. & met. except. l. Julianus 7. ff. eod. l. si quis cùm aliter ff. de verb. obl. Datur hæc exceptio ex æquitate naturali, quia æquum non est, ut cogatur ad solvendum debitor deficiente causâ illâ, sine quâ promissurus non fuisset *§. 1. Inst. tit. de except.* Si igitur aliquis putans se debere centum Titio, ea centum ipsi promittat per stipulationem, licèt summo Jure teneatur, & conveniri possit, tamen exceptione doli defenditur *d. l. 2. §. circa. vers. proindè. & l. Julianus 7. ff. de dol. mal. exc.* uno verbo, tenetur civiliter, non naturaliter. Imò perindè est, ac si nulla esset ejus stipulatio *l. si dari 25. in fin. ff. de V. O.* Et eleganter Paulus in *l. qui pecuniam 30. ff. de reb. cred. Qui pecuniam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.* Nimirum quia deest causa, quâ adductus fuerat ad promittendum.

Veniamus ad rem nostram. Minor, qui aditâ hæreditate spondet creditoribus hæreditariis se soluturum id, quod ipsis à defuncto debebatur, eisque dat fidejussores, utique ideò promittit, quia putat se ipsis
debere, quod promittit; videlicèt quia 5
adeundo hæreditatem cùm ipsis obligationem contraxit, aut potiùs in defuncti obligationem successit, *§. ult. Inst. per quas person.*

cuique acquir. cum similibus. Quando autem minor restituitur in integrum (etsi eo tempore quo promisit, justam causam habuit promittendi) tamen nunc nullam idoneam causam habet, cùm hæres non sit, nec in eum transmissa sit obligatio defuncti. Tutus igitur esse debet saltem exceptione doli mali, si conveniatur ex sua stipulatione *l. 2. §. circa. vers. etsi. l. Julianus 7. ff. de dol. mal. exc. l.*
6 *qui pecuniam* 30. *ff. de reb. cred.* Atqui exceptio doli mali transit etiam ad fidejussores, cùm rei, causæque cohæreat, non personæ. *l. exceptiones* 7. §. 1. *ff. de except.* Et ad rem nostram accommodatè Julianus in *l. si stipulatus 15. in princ. ff. de fidejuss. Si stipulatus esses à me sine causa, & fidejussorem dedissem; fidejussori etiam invito me exceptio dari debet.* Creditores hæreditarii stipulati sunt à minore sine causa, quia per restitutionem factum est, ut ipse non sit hæres, nec illi sint ejus creditores. Igitur omninò danda est exceptio fidejussoribus. Idcircò in legibus, quas explicamus, statuitur succurrendum, ac subveniendum esse etiam fidejussoribus.

Sed progrediar etiam longiùs. Dixi eum, qui falsâ causâ adducitur ad promittendum, teneri summo Jure, teneri civiliter; non teneri naturaliter. Minor igitur, cùm per restitutionem evanescat causa promissionis, naturaliter non est obligatus. Dico prætereà,
7 nec civiliter quidem obligatum esse. Restitutio enim rescindit ipsam stipulationem, unde oriri posset illa obligatio merè civilis, illa obligatio inutilis, & quasi nulla: nam restitutione fieri solet irritus actus, unde minor læditur *l. quòd si §. 1. & §. restitutio. l. non omnia ff. de minor.* vel saltem inutilem prorsùs efficit eam ipsam obligationem merè civilem, quia actionem denegat *l. patri §. si pecuniam ff. de minor.* Cùm igitur minor nec naturaliter, nec civiliter amplius teneatur, fidejussores liberentur necesse est. *l. in omnibus ff. de solut.* Utar exemplo ad id, quod dicimus, confirmandum accommodato, quod mihi suppeditat Paulus in *l. si quis*
8 *pro eo 56. in princ. ff. de fidejuss.* Species ejus legis hæc est, ut ego arbitror. Quidam, cùm putaret se libertum esse, juravit se præstiturum operas ei, quem patronum suum credebat, eique dedit fidejussores: non tenentur fidejussores dati; ratio est in promptu. Non possunt fidejussores obligari, nisi principalis, aut civiliter, aut naturaliter saltem sit obligatus. *l. fidejussor 16. §. fidejussor. ff. de fidejuss.* In hâc specie principalis non est obligatus civiliter, quia juramentum civiliter, & efficaciter obligat solos libertos libertatis causâ jurantes *l. ut jurisjurandi. in princ. ff. de oper. libert.* Non est obligatus naturaliter, quia promisit, quòd putabat se libertum esse, non promissurus, si scivisset se libertum non esse: ac proptereà cùm errore lapsus sit, naturaliter æquum non est eum obstringi §. 1. *Inst. tit. de except.* Quo fit, ut fidejussores ab eo frustrà dati sint. Eadem ratio in re, de qua agimus. Minor non tenetur naturaliter, quia promissurus non erat, si scivisset se nihil debere creditoribus defuncti, se hæredem non esse. Non tenetur civiliter, quia obligatio etiam civilis irrita facta est per restitutionem in integrum. Eo igitur omninò liberato, liberantur etiam fidejussores *l. in omnibus ff. de solut.*

Atque hîc animadvertendum est, cur in hâc specie fidejussores liberentur, non verò in aliis. Nimirum hic minor ita contraxit, ut contrahendo non obligaretur naturaliter: quamobrem infirmatâ civili obligatione per restitutionem, nulla superest obligatio principalis, cui inniti possit, atque adhærere 9
obligatio fidejussoris. At verò cùm minor contrahendo naturaliter obligatur, per restitutionem non liberantur fidejussores: quia minor manet obligatus naturaliter; & quando principalis naturaliter obligatus manet, fidejussores non liberantur *l. ubicumque ff. de fidejuss.* Quod eo fit, quia tùm naturalis obligatio, tùm quicquid à Jure Naturali 10
promanat, mutari non potest, aut tolli à prætore, vel Jure Civili *l. eas obligationes ff. de cap. min. l. 2. §. 1. ff. de usufr. ear. rer. l. ubi pugnantia 88. §. 1. ff. de Reg. Jur. §. pen. Inst. tit. de Jur. Nat. Gent. & Civ. Inst. tit. de legit. agn. tut. in fin.* nascitur enim obligatio naturalis ex fide, quam minor præstitit, *l. cùm amplius §. 1. ff. de Reg. Jur.*

nec efficere potest Prætor, ut sit infectum, quod factum est *l. in bello l. facti ff. de captiv.* aut non convenisse de eo, quod convenerit.

CAPUT IX.

AD L. MINOR 51. *ff. de Procurat.*

SUMMARIUM.

1 *Proponitur alius casus, in quo restitutio prodest fidejussoribus minoris.*
2 *Alienæ litis nemo est idoneus defensor sine satisdatione.*
3 *Minor non est idoneus defensor: & quare?*
4 *In omni judicio tres personæ sunt necessariæ, Actor, Reus, & Judex.*
5 *Subducto reo judicium corruit.*
6 *Infirmato judicio corruit satisdatio judicialis.*
7 *Satisdatio judicatum solvi quid contineat.*
8 *Cur liberentur fidejussores defensore in integrum restituto.*
9 *Rescissâ causâ satisdationis rescinditur ipsa satisdatio, & fidejussores liberantur.*
10 *Multò magis rescisso judicio rescinditur satisdatio judicialis.*
11 *Satisdatio judicialis erronea, nulla est.*
12 *Exceptio, quæ competit capite minutis, non extenditur ad fidejussores, nisi in satisdatione judiciali.*
13 *Lite mortuâ, non tenentur fidejussores judicatum solvi.*
14 *Mutatâ conditione rei conventi fidejussores ejus liberantur.*
15 *Judicio in dominum translato, liberantur fidejussores dati à defensore.*
16 *Petens restitutionem non impugnat, nec committit stipulationem de rato.*
17 *Reprehenditur eorum sententia, qui putant liberari fidejussorem, quoties principalis mutat qualitatem.*

JAm verò ad aliam legem, superiori propè similem explicandam aggrediamur. Ulpianus in *l. minor 51. in princ. ff. de Procur.* disertè affirmat restitutionem in integrum prodesse etiam fidejussori, his verbis. *Minor viginti quinque annis, si defensor existat, ex quibus causis in integrum restitui possit, defensor idoneus non est: quia & ipsi, & fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur.* Dubitandum non est, hùc etiam
1 pertinere id, quod indicatur in *l. 3. §. sed utrum. vers. sed an hoc ff. de min.* restitutionem interdum prodesse fidejussoribus: cùm utraque lex sit ejusdem Ulpiani. Cur autem prosit in specie hujus legis, non in aliis, explicandum est.

Primum omnium observandum est, in
hac lege agi de minore, qui volebat reum
in judicio defendere. Nemo autem alienæ
litis idoneus defensor est sine satisdatione
l. qui proprio §. qui alium ff. de proc. l. si ad 2
defendendum 10. ff. de jud. solvi. l. un. in fin.
C. de satisd. §. si verò & §. ult. Instit. eod.
non potest igitur ad defensionem minor admitti
sine satisdatione: atqui minor frustrà
satisdat, cùm possit in integrum restitui, ac 3
non solùm ipse, sed etiam fidejussores in satisdatione
adhibiti liberari *d. l. minor.* Quo
fit ut idoneus defensor non sit.

Sed hoc ipsum quæritur cur fidejussores
liberentur. Meo quidem judicio ita se res
habet. In omni judicio tres personæ concur- 4
rant necesse est: Actor, Reus, & Judex *l.
ea quæ C. commin. & ep. l. ult. C. quomodo,
& quando jud.* Ac si desit aut Judex, aut
Actor, aut Reus, nullum est judicium: est
enim omne judicium de re controversa, cui
Judex sententiâ suâ finem debet imponere *l.
1. ff. de re jud.* non potest autem ulla esse controversia
nisi inter duos, quorum alter dicat,
alter neget. Qui dicit, actor est; qui
negat reus; qui finem controversiæ imponit,
Judex. Veniamus ad rem nostram. Minor
qui alium in judicio defendit, rei vicem gerit:
rei personam sustinet *l. minor. §. 1. ff. de
proc. l. Titius 76. ff. eod.* per restitutionem 5
subtrahitur minor à judicio: confestim evertitur
judicium, atque infirmatur, subtracto
reo, sine quo judicium non potest consistere.
Infirmato judicio fit irrita omnis satisdatio,
quæ propter judicium fuerat interposita, defi- 6
ciente scilicet causâ cui satisdatio innitebatur.
Quid enim promittit defensor, ejusque
fidejussores? promittunt judicatum solvi.
Hæc stipulatio tres clausulas in unum collatas
habet: de re judicata, de re defendenda,
& de dolo malo. *l. judicatum 6. ff. jud. solvi.* 7
Atqui non possunt teneri ex prima clausula
ad solvendum judicatum: quid enim sol-

vant, si nulla est res judicata; nullum judicium? non tenentur ex secunda clausula ad defendendum, & propter rem non defensam, quia indefensa non est res, de qua
8 Prætor judicium accipere non cogit *l. vir bonus* 18. *ff. jud. solvi*: Est autem ipse Prætor, qui restituit in integrum, *l.* 1. *ff. de minor.* & restituendo, non solùm non cogit, sed etiam vetat judicium à minore accipi. Denique non possunt teneri de dolo ex tertia clausula, cùm nullus dolus intervenerit, & minor Jure permittente à judicio sit exemptus, & bonus vir non arbitretur rem indefensam esse *d. l vir bonus* 18. *ff. jud. sol.* non potest igitur committi stipulatio judicatum solvi.

Sed explicemus hæc uberiùs, & si fieri potest, etiam planiùs. Quoties rescinditur causa, propter quam fuerat interposita satisdatio, infirmatur quoque ipsa satisdatio, &
9 liberantur fidejussores. Exemplum nobis suppeditat Paulus in *l.* 3. *ff. de rescind. vend.* Celebrata erat venditio, & propter venditionem interposita satisdatio. Contrahentes à venditione recesserunt contrario consensu: respondit Paulus fidejussores liberatos esse. Obtinet hoc in contractibus, multò magis in judiciis, in quibus sola mutatio personæ satisdationem irritam reddit. Exemplis hæc
10 illustrabo. Qui injuriarum acturus erat, mortuus est: eo mortuo finitur judicium, quia actio injuriarum ad hæredes non transit. §. *non autem Inst. tit. de perpet. & temp. act.* cùm igitur nullum sit judicium, nulla causa, cui accessit satisdatio, licèt hæc stipulatio suâ naturâ ad'hæredem transeat, tamen in hac causa sit irrita, & fidejussores liberantur, rescissâ causâ, cui innitebatur satisdatio *l. si eum.* §. *qui injuriarum ff. si quis caut. in jud. sist.* Rursus, si quis cùm non teneretur satisdare, per errorem satisdederit, fidejussoribus danda est exceptio *l.* 4. §. *item quæritur ff. eod.* Rursus, si quis his personis, quæ agere non potuerunt fidejussorem dede-
11 rit, frustrà erit datio *l. fidejussor* 2. §. 1. *ff. qui satisd. cog.* cur frustrà datur fidejussor ei, qui agere non potest? nimirum quia judicium ipsum est irritum, cùm desit in judicio idonea persona actoris. Sic frustrà datus est fidejussor à minore defensore, si posteà restituatur, cùm desit idonea persona rei. Quo 12
fit, ut licèt exceptiones, quæ competunt capite minutis, non extendantur ad fidejussores, argum. text. in *l. defensiones* 11. *C. de except.* tamen in satisdatione judiciali contrarium sit constitutum *l.* 4. *in princ. ff. si quis caution.*

Etiam propiùs ad rem accedamus. Paulus in *l.* 2. *ff. judic solvi. Cum lite mortuâ nulla res sit, ideò constat fidejussores ex stipulatu judicatum solvi non teneri.* Nihil clarius. Quo- 13
ties lis est mortua, quoties judicium est nullum, ut fit, cùm à judicio subducitur reus per restitutionem, non tenentur fidejussores. Etiam amplius. Non solùm si à judicio subtrahatur persona rei, fidejussores liberantur, sed etiamsi mutetur conditio personæ, 14
licèt eadem judicium prosequatur; tamen fidejussores liberantur. Veluti si quis defendens absentem sine ejus mandato, satisdederit; & posteà mandato ejus procurator sit factus, aut ei hæres extiterit: quia non est eadem causa personæ, fidejussores non tenentur *l. si ante acceptum* 7. *ff. eod.* Hoc eò magis dicendum in specie, quâ de agimus, in qua non solùm mutatur conditio, & causa 15
minoris per restitutionem, sed etiam minor omninò eximitur à judicio, & judicium amplius non prosequitur, ac proindè judicium in dominum, quem defendebat, transferendum est: judicio autem in dominum translato, non tenentur fidejussores, quos defensor dedit *l.* 1. *in fin. ff. quib. mod. pig. vel hyp. solv.* Præsertim cùm minore petenre restitutionem, non solùm non committatur stipulatio judicatum solvi, sed nec ipsa quidem stipulatio de rato, quia petendo restitutio- 16
nem non videtur impugnare stipulationem *l.* 3. *in princ. ff. rem rat. hab.* confugit enim ad auxilium commune, sibique à Jure tributum, ac propterea deficit conditio stipulationis *d. l.* 3. §. *falsus ff. rem rat. hab.*

Hoc tantùm moneo, falsum videri, quod plerique Docti Viri respondent: quòd fide- 17
jussor, qui intercedit pro minore certæ personæ qualitatem induente, liberatur per res-

ritutionem, quia fidejubendo viderur id egisse, ut ne teneretur, si minor eam qualitatem deponeret, quam reverà deponit cùm restituitur. Nam, ut omittam cætera, ex *d. l. si ante acceptum. in princ. ff. jud. solvi*, constat eum fidejussorem, qui intercessit pro procuratore, teneri, etiamsi ille desinat esse procurator, domino mandatum revocante. Nec liberatur fidejussor, etiamsi principalis deponat qualitatem procuratoris.

CAPUT X.

AD L. IN OMNIBUS 43. *ff. de solution.*

SUMMARIUM.

1 *Restitutione in integrum minor liberatur ab obligatione: & quare?*
2 *Liberato reo principali semper liberatur fidejussor.*
3 *Quando non liberetur.*
4 *Restitutio vim actionis obtinet, non exceptionis: luculenter probatur.*
5 *Restitutio, quæ datur creditori adversus veterem debitorem à muliere liberatum, dicitur actio restitutoria, aut rescissoria.*
6 *Explicatur* l. quòd si minor ff. de minor.
7 *Persecutiones actionis instar obtinent.*
8 *Exceptiones omnes, præter personales, transeunt ad fidejussores.*
9 *Si reus eximatur ab obligatione, fidejussor non liberatur.*
10 *Non potest subsistere obligatio, si reus ab obligatione eximatur: & quare?*
11 *Non potest esse servitus sine re, vel personâ, quæ serviat.*
12 *Quando possit exempto debitore subsistere obligatio.*
13 *Fidejussor debitoris hæreditarii non liberatur restitutâ hæreditate.*
14 *Fidejussor non liberatur per deportationem debitoris.*
15 *Item non liberatur cùm altero exempto alter ex duobus reis manet obligatus.*
16 *Explicatur* l. Uranius 71. ff. de fidejuss.
17 *Affertur ratio cur restitutio non prosit fidejussoribus.*
18 *Fidejussor non liberatur, quoties reus omninò non liberatur. Minor per restitutionem non liberatur à naturali obligatione.*
19 *Naturalis obligatio nititur æquitate: item & in integrum restitutio.*
20 *Naturalis æquitas non eodem modo semper æstimatur.*
21 *Prætor defensionem, & tutelam minorum suscepit.*
22 *Jus Civile impedit effectus naturalis obligationis quoad personam pupilli, non quoad accessiones.*
23 *Mulier intercedendo naturaliter obligatur.*
24 *Pro ea fidejussor obligatur, licèt ejus obligatio improbetur S. C. Vellejano.*
25 *Minor restituitur etiamsi sit Decurio, aut Consiliarius.*
Item quamvis gesserit actum cum consensu curatoris, & auctoritate Judicis.
26 *In restitutione spectatur factum læsionis, non peritia, aut diligentia in actu gerendo.*

ANtequàm aliò divertam, adhuc pauca subjiciam de restitutione in integrum. Hactenùs refutavimus, & infirmavimus duo argumenta, quibus probari videtur restitutionem in integrum prodesse fidejussoribus. Superest tertium, idque gravissimum, atque
firmissimum. Restitutione in integrum libe- 1
ratur minor ab obligatione, sed liberato reo principali semper liberatur fidejussor. Ergò restitutione in integrum minoris liberatur fidejussor. Quòd restitutione in integrum liberetur minor ab obligatione, dubitandum non est; nam restitutione in integrum rescinditur, & fit irritus actus ille, quo minor fuit obligatus *l. quòd si §. 1. & §. restitutio l. non omnia ff. de minor. l. 1. C. si advers. trans.* & restituitur minor in eum statum, in quo erat antequàm obligaretur *l. 2. C. in quibus caus. in integr. rest. necess. non est.* Illud quoque certissimum est, quòd liberato minore, hoc
est, reo principali, liberatur etiam fidejussor 2
l. in omnibus 43. ff. de solut. Verba legis hæc sunt: *In omnibus speciebus liberationum, etiam accessiones liberantur, putà adpromissores, hypotheca, pignora.* Omnes species libe-
rationum comprehendit Ulpianus: quod ta- 3
men intelligendum non est de liberationibus, quæ contingunt ope exceptionis: nam in his fidejussor non liberatur, si exceptio personalis sit *l. exceptiones 7. ff. de exception. l. si reus 12. ff. judic. solvi §. ult. Inst. tit. de replicat. l. etsi 24. ff. de re judic.* In aliis autem liberationibus una tantùm causa est, in qua liberato reo principali, fidejussor non liberatur: videlicèt cùm ipsius fidejussoris culpâ perpetua fit obligatio, nempè cùm ipse rem debitam corrumpit, & interimit *l. mora 88. in fin ff. de verb. obl.*

Neque dici poteſt reſtitutionem in integrum liberare minorem ope exceptionis, & ideò hanc liberationem non pertinere ad eas, de quibus agitur in *d. l. in omnibus ff. de ſolution.* nam reſtitutio in integrum non excep-
4 tionis, ſed actionis inſtar obtinet. Paulus *lib.* 1. *Recept. Sent. Tit. dein integr. reſtit.* eam definit, *redintegranda rei, vel cauſa actionem.* Actio appellatur ab Ulpiano in *l. non ſolùm §. eſt & caſus ff. de procurat. & in l. etiamſi* 29. *§ ult. ff. de minor.* ibi: *ad agendum evocato.* Et omnia obtinet, quæ ſunt propria actionum: agit enim minor læſus: agit cum eo, ad quem res amiſsâ pervenit: agit de re amiſſa, ut reſcindatur actus *l. in cauſa* 13. *§.* 1. *ff. de minor. l.* 1. *C. ſi adverſ. dot.* poteſt agere per procuratorem, qui debet ſatiſdare de rato, niſi habeat ſpeciale mandatum: poteſt reus per alium ſe defendere, & defenſor ſatiſdare debet judicatum ſolvi *l. illud* 25. *§. ult. cum l. ſeq. ff. de minor.* tranſit ad hæredes, ſicut cæteræ actiones *l. non ſolùm* 6. *ff. de in integr. reſtit. l.* 3. *§. Pomponius l. minor* 18. *§. ult. ff. de minor. l. Stichum* 95. *§. quod vulgò ff. de ſolution.* Denique ſicut actiones cedi poſſunt *l. hàc in factum* 14. *ff. quæ in fraud. credit.* ſic cedi poteſt reſtitutio in integrum *l. quòd ſi minor.* 24. *ff. de minor. l. alterius* 20. *§.* 1. *in fin. ff. tutela & ration. diſtr.* Eſt igitur reſtitutio quædam ſpecies actionis reſciſſoriæ, quâ reſcinditur actus à minore geſtus *l.* 1. *§.* 1. *ff. ex quibus cauſ. major. in integr. reſtit.* ſicut reſtitutio, quæ datur creditori, ut ei reſtituatur actio adverſus debitorem mulieris interceſſione liberatum, ſemper dicitur actio reſtitu-
5 toria *l. quamvis §. Marcellus & §. ſi mulier. cum ſeq. & l. aliquando §. ult. ff. ad S. C. Vellejan. l.* 3. *§.* 1. *ff. de eo per quem fact. erit.* ſeu actio reſciſſoria *l. ſi paternam* 8. *C. ad S. C. Vellejan.* Nec contrarium eſt, quod
6 traditur in *l. quòd ſi minor* 24. *ff. de minor. ex hoc edicto nulla propria actio, vel cautio proficiſcitur, totum enim hoc pendet ex Prætoris cognitione.* Nam ideò non dicitur propria actio, quia Prætor non dat Judicem, ſicut in aliis actionibus, ſed ipſe de cauſa cognoſcit, ſicut cognoſcit de ſalariis, & honorariis Profeſſorum *l.* 1. *C. mand. l.* 1. *ff. de extraord. cognit.* de tranſactione alimentorum *l. cum hi, quibus* 8. *§. ſi Prætor.* 17. *cum ſeq. ff. de tranſact.* de fideicommiſſis *l. pecunia* 178. *ff. de verb. ſig.* Hæ omnes etſi propriè ſint extraordinariæ perſecutiones, quia ad cognitionem Prætoriam pertinent, & propriè appellentur perſecutiones, tamen actionis inſtar obtinent, & generali actionis appellatione continentur *d. l. pecuniæ §. actionis ff. de V. S. l. actionis* 37. *ff. de oblig. & action.*

Neque illud eſt omittendum, quòd ſi reſtitutio eſſet exceptio, eò magis fidejuſſoribus prodeſſe deberet. Etenim etſi exceptiones perſonales non proſint fidejuſſoribus, reales certè proſunt, omneſque aliæ præter perſonales *l. exceptiones* 7. *ff. de exception. l. ex* 8
perſona 32. *ff. de fidejuſſ.* At reſtitutio non eſſet exceptio perſonalis, nam exceptiones perſonales ad hæredes non tranſeunt. *l. maritum. cum ſeq. ff. ſolut. matrim.* Reſtitutio autem tranſit ad hæredes, ut diximus.

Itaque ad argumentum reſpondent Viri eruditiſſimi; quòd licèt reſtitutione in integrum minor liberetur, tamen ejus obligatio non extinguitur, quia minor eximitur ab obligatione, manente ipsâ obligatione, ut accidit in *l. ult. ff. de duob. reis, & in l. Uranius* 71. *ff. de fidejuſſ.* Quoties reus ita liberatur, ut ejus quoque obligatio intereat, utique liberantur etiam fidejuſſores, quia ſublatâ principali obligatione, ſubſiſtere non poteſt acceſſoria *d. l. in omnibus ff. de ſolut.* 9
At verò quoties reus principalis eximitur ab obligatione, & adhuc durat ejus obligatio, non liberantur fidejuſſores, quia horum obligatio adhæret obligationi principali, quæ adhuc ſubſiſtit, licèt exemptus ſit, atque ſubductus reus principalis *d. l. ult. & d. l. Uranius ff. de fidejuſſ.*

Dicam quod ſentio, fatebor tarditatem meam. Non intelligo, quî fieri poſſit, ut eximatur debitor ab obligatione, & ſubſiſtat ejus obligatio. Neque enim poteſt eſſe obligatio, ubi nulla eſt perſona, quæ ſit obligata *l. quoties* 14. *in fin. ff. de novat.* Annon obligationum ſubſtantia in eo conſiſtit, ut

aliquem nobis obstringat ad dandum, vel
10 faciendum? *l. obligationum substantia in princ. ff. de oblig. & action.* Ergò si nemo sit obstrictus deficiet substantia obligationis, ac proptereà etiam ipsa obligatio. Annon obligatio est Juris vinculum, quo necessitate quis adstringitur? *princ. tit. Inst. de oblig.* potestne fieri, ut supersit vinculum, quo quis adstrictus sit, si ille non sit adstrictus? at hæc sunt aïentia, & negantia. Quid? quod, ut Philosophi omnes docent, non potest esse
11 qualitas sine subjecto, cui inhæreat. An potest esse servitus, nisi sit aliqua res, vel persona quæ serviat, cuique servitus inhæreat, atque affixa sit? minimè verò. sublato corpore necesse est tolli Jus, quod ipsi inhærebat *l. 2. ff. de usufr. l. 3. C. eod. l. 8. §. 3. ff. de liber. leg. §. 3. Instit. tit. de servitut.* An potest esse dominium alicujus rei, nisi sit aliquis ejus dominus? Ne hoc quidem. Igitur nec obligatio potest subsistere, nisi aliquis sit obligatus.

Neque confirmat eorum sententiam *d. l. ult. ff. de duob. reis.* Neque enim ignoro aliquandò eximi debitorem ab obligatione, licèt obligatio ipsa non intereat: sed id solum-
12 modò potest evenire quando exempto, subductoque debitore, alia subest persona, cui possit cohærere, atque inniti obligatio. Accidit id duabus in caussis. Prima est, quando alius debitor succedit, & substituitur in locum debitoris exempti. Exempla sunt hæc. Hæres fidejussorem accepit à debitore hæreditario, posteà restituit hæreditatem fideicommissario: eximitur ab obligatione hæ-
13 res, sed quia in ejus locum substituitur fideicommissarius, idcircò non perit ejus obligatio, nec fidejussores liberantur *l. hæres 21. in princ. ff. de fidejuss.* Alterum sit hujusmo-
14 di. Debitor principalis deportatus est, ejusque bona fiscus occupavit. Deportatus eximitur ab obligatione *l. 2. & 3. ff. de sent. pass. l. servus 30. ff. de oblig. & action. l. tutelas 7. §. ult. ff. de capit. minut.* Sed tamen non extinguitur ejus obligatio, nec fidejussores liberantur *l. 1. & l. sententia 10. C. de fidejuss.* quia in ejus locum subrogatur fiscus, qui successoris loco habetur, ejusque obligationibus obstringitur. *l. 2. C. ad leg. Jul. de vi publ. l. si ut proponis. 5. C. de bon. proscript. l. si ad:mptis 5. C. de sentent. pass. l. si marito 31. in princ. ff. solut. matrim. l. 2. C. eod. l. si tutor. 9. §. sed etsi fuerit ff. de tutel. & ration. distr. l. 2. § ult. ff. de alim legat. l. in facto 60. in fin. ff. de condit. & dem.*

Secunda caussa est, quando plures sunt debitores ejusdem rei: tunc enim unus ex illis ab obligatione eximi potest non extinctâ ipsâ obligatione, manet enim alter obligatus, & ideò subest persona, cui inhærere possit obligatio: quemadmodum accidit in adducta *l. ult. ff. de duob. reis.* Ibi duo erant 15
rei: si alter ex his deportetur; non extinguitur obligatio, quia subsistit in altero reo, & solus eximitur atque subducitur ab obligatione deportatus. Quapropter obligatus est etiam fidejussor, non quidem pro deportato *l. si debitori 47. in princ. ff. de fidejuss.* sed pro altero reo, qui manet obligatus, & in quo subsistit pristina obligatio, est enim duorum reorum una tantum obligatio *l. in duobus 3. in fin. ff. de duobus reis.*

At verò in casu nostro, in quo unus dumtaxat est reus, non potest ipse eximi ab obligatione, quin ipsa obligatio extinguatur: neque enim superest ulla persona, cui possit inhærere. Et hanc differentiam indicat Paulus in *l. Uranius 71. ff. de fidejuss.* ubi ait, 16
quòd si unus sit debitor principalis, eique succedat creditor, non est dubitandum tolli obligationem principalem, & cum eâ etiam fidejussoriam: at verò quando duo sunt debitores, & creditor uni succedit, eximitur ab obligatione ejus persona, & subsistit obligatio in altero reo, & ideò nec fidejussor liberatur. Perperàm igitur ex *d. l. ult. ff. de duob. reis* deducitur argumentum, quia ibi duo sunt rei, cùm in casu nostro sit unus. His animadversis facilè posset definiri, quandonam confusio debitorem eximat ab obligatione, quando ipsum liberet solutionis potestate, in quâ quæstione mirum in modum se torquent Interpretes nostri. Sed de hâc fortassè aliàs opportuniùs: ad argumentum propositum revertamur. Puto verissimum esse quod quidam existimarunt, restitutio- 17
nem

nem in integrum non prodesse fidejussoribus, quia non omninò liberat minorem ab obligatione. Quoties reus principalis aliquo modo manet obligatus, vel solùm naturaliter,
18 non liberatur fidejussor *l. ubicumque 60. ff. de fidejuss.* nam etiam ab initio naturali obligationi potest accedere fidejussor. *l. stipulatus 6. in fin. & seq. ff. eod. tit.* igitur fidejussor etiam post restitutionem minoris manet obligatus, quia minor per restitutionem non liberatur ab obligatione naturali. Restitutionem enim concedit Prætor, qui naturales obligationes tollere non potest *l. eas obligationes 8. ff. de capit. min.* cùm Naturalia Jura mutari, subvertique non possint *§. pen. Inst. tit. de Jure Nat. Gent. & Civil. Inst. tit. de legit. agnat. tut. in fin. l. ubi pugnantia 188. §. 1. de Reg. Jur. l. 1. §. 1. ff. de usufr. ear. rer.* & cùm naturalis obligatio nascatur ex fide, quam præstitit minor in contrahendo, *l. cùm amplius §. 1. ff. de Reg. Jur.* non potest Prætor efficere, ut præstita non sit fides, quæ verè præstita est *l. in bello §. facti ff. de capt. & postlim.*

Sed videntur hæc omnia facilè convelli posse hoc argumento. Naturalis obligatio
19 æquitate nititur *l. Stichum 95. §. naturalis ff. de solution.* sed restitutio à Prætore conceditur ex æquitate *l. 1. in princ. ff. de minor. l. Divus Antoninus 7. ff. de in integr. restit.* ergò vinculum, quo minor obstringitur, caret naturali æquitate, ac proindè etiam naturali obligatione. Neque enim naturalis æquitas contraria potest suadere, & ut sit obligatus, & ut non sit obligatus.

Ad hoc respondetur, quòd etsi una sit, atque eadem naturalis æquitas, tamen non semper eodem modo æstimatur, & ideò aliud, atque aliud potest suadere. Aliquando æquitas æstimatur ad merum Jus Gentium; interdum cum præceptis Civilibus, & Prætoriis, neque idem suadet hoc vel illo modo æstimata: ut optimè ad rem nostram
20 notat Tryphoninus in *l. bona fides ff. deposit.* si naturalem æquitatem æstimemus ad Jus Gentium, utique minor est naturaliter obligatus, cùm fidem dederit intelligens id, quod agit, neque ab adversario deceptus sit *l. cùm amplius §. 1. ff. de Reg. Jur. l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de constit. pecun.* si verò naturalem æquitatem æstimemus cum præceptis Civilibus, & Prætoriis, suadet restitutionem in integrum, cùm & Jus Civile, & multò magis Prætor tutelam minorum susceperit, & misereatur eorum imbecillitatis, quæ multis captionibus est obnoxia. *d. l. 1. in princ. ff. de minor.* Sed hoc non impedit, quominus minor naturaliter maneat obliga- 21
tus: nam æquitas illa accommodata Regulis Civilibus, ac Prætoriis, hoc solum suadet, ut Prætor opem ferat læsis, quorum tutelam suscepit, ut eos à damno eximat, & reddat immunes, quod efficitur restitutione in integrum, etiamsi minor maneat naturaliter obligatus, cùm hæc obligatio ipsi non noceat. Cùm autem Prætor tutelam minorum susceperit, non fidejussorum: idcircò de eorum fidejussoribus non curat, dummodo non noceat ipsis minoribus. Non multò dissimilis est ratio pupillorum. Pupillus pubertati proximus, hoc est, doli capax, contrahendo sine tutoris auctoritate naturaliter obligatur *l. hoc jure 19. §. si quis servo ff. de donat. l. si pupillus 21. in princ. ff. ad Leg. Falc. l. si ejus 64. in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. cùm illud 25. §. 1. ff. quan. dies legat. ced. l. ult. in princ. vers. nam si ff. de jurejur. l. Stichum 95. §. aditio ff. de solut.* Verùm quia Jure Civili constitutum est, ne pupillus sine tutoris auctoritate conditionem suam facere possit deteriorem *princ. tit. Inst. de auct.* 22
tutor. idcircò Jus Civile impedit omnes effectus hujus obligationis, qui afficerent personam ipsius pupilli, eique nocerent, cujusmodi sunt retentio, & compensatio. Quo factum est, ut cùm hæc obligatio personam pupilli non afficiat, & quoad eam sit prorsus inutilis, aliquando dicatur pupillus nec naturaliter quidem obligatus *l. quod pupillus 41. ff. de condict. indeb. l. pupillus ff. de obligat. & action.* non impedit tamen Jus Civile quominus hæc obligatio noceat accessionibus, noceat fidejussoribus *l. Stichum 95. §. aditio ff. de solution. l. 1. in fin ff. de novat. l. si pupillus 127. ff. de verb. obl.* Quapropter pupillo ab omni periculo subtracto

fidejussor ejus rectè obligatur *d. l. si pupillus*.
sic Prætori satis fuit per restitutionem in in-
tegrum à peticulo damnoque obligationis
subtrahere minorem, cujus tutelam susce-
perat: cæterùm de fidejussoribus ejus non
curat *l. in causa* 13. *vers. in summa ff. de
minorib.* & ideò obligatio naturalis minoris
etsi vires suas non exerat contra personam
minoris impediente Prætore; exerit tamen
contra ejus fidessores, & accessiones.

Hæc omnia confirmamus exemplo mulie-
ris. Mulieribus intercedentibus subvenit S. C.
Vellejanum eadem de causa, quâ Prætor sub-
23 venit minoribus, hoc est propter earum im-
becillitatem, quia multis casibus suppositæ
sunt *l.* 2. §. *verba ff. ad S. C. Vell. junctâ l.*
1. *in princ. ff. de minor.* & eadem æquitate
suadente *d. l.* 2. §. 1. ibi, *& ejus generis*
* *obligationibus obstringi non sit aequum.* Atqui
certum est mulierem intercedendo naturaliter
obligari, nam & novat obligationem *l.* 1.
§. *ult. l. si mulier* 14. *& l. ult.* §. *pen. ff. eod.*
& pro ea fidejussores obligantur, licet eorum
24 quoque obligatio improbetur *l. si mulier* 16.
§ *ult. ff. eod.* Igitur si naturalis æquitas, quâ
mulieris obligatio improbatur, non impedit
quin mulier naturaliter obligetur: nec im-
pedire debet quin obligati sint naturaliter
minores, licet naturali æquitate restituan-
tur.

Et sane cùm minor restituatur, etiamsi in
rebus gerendis sit navus, & industrius,
etiamsi sit Decurio, sit Consiliarius *l.* 2. *C.
de in integr. rest. min. l.* 1. *C. qui & advers.
quos*: etiamsi ad confirmandum ejus actum
accesserit curatorum consensus, decretum
25 Judicis, Magistratûs auctoritas *l.* 1. *&* 4. *C.
si advers. rem jud. l.* 2. *C. de fidejuss. min. l.*
1. *& toto tit. C. si tut. vel curat. l. ult. C. de
fil. fam. min.* quis possit dubitare minorem
tam expertum, ex actu tanto consilio, tanta
auctoritate gesto naturaliter obligari? An
dicemus hunc non intellexisse id, quod age-
ret? Itaque in hac restitutione constat potius
26 factum læsionis spectari, quam facti ratio-
nem, & diligentiam, & experientiam mi-
noris *l.* 1. *C. qui & advers. quos l.* 1. §. *appa-
ret. cum seq. ff. de minor.*

CAPUT XI.

AD L. DEBITOR. 59. IN PRINC. *ff. ad S. C. Trebell. & l. cùm quis* 38. §. *ult. ff. de solution.*

SUMMARIUM.

1 *Quando confusione tollatur obligatio.*
2 *Debitoris & creditoris; item debitoris, & fidejusso-
ris persona distincta esse debent.*
3 *Quando confusio habeat vim solutionis: aut solum
eximat ab obligatione debitorem, & nn. seqq.*
4 *Explicatur* l. hæres 21. in fine ff. de fidejuss.
5 *Cùm unus tantum est debitor, confusio habet vim so-
lutionis.*
6 *Confusio non habet vim solutionis ex æquitate, sed
ex quadam necessitate.*
7 *Confusio tollit obligationem etiam quoad pignus.*
8 *In omnibus speciebus liberationum pignus tollitur,
sive ipso Jure, sive ope exceptionis debitor libe-
retur.*
9 *Pignus manet obligatum quando superest naturalis
obligatio.*
10 *Cùm creditor causâ cecidit plus petendo, vel lapsu
temporis actione submotus est, pignus non libe-
ratur.*
11 *Confusione tollitur etiam naturalis obligatio.*
12 *Qui cogitur adire, totam restituit hæreditatem.*
13 *Semel hæres semper hæres.*
14 *Quando remaneat obligatio naturalis non obstante
confusione.*
15 *Subtilitate Juris tollitur confusione obligatio fidejus-
soria.*
16 *Prætor dat separationem bonorum fidejussoris non
obstante confusione.*
17 *Obligatio pignoris trahitur de casu ad casum: ex-
plicatur exemplis.*

OStendimus suprà quando debitor eximi
possit ab obligatione, non sublatâ ipsâ
obligatione. Ea quæ ibi diximus, lucem
præferre possunt obscuræ quæstioni de con-
fusione obligationum. Confusione tollitur
obligatio, cùm duæ personæ, quas in obli-
gatione distinctas esse oportet, in unam 1
coëunt per successionem. Itaque cùm debi-
tor, & creditor distincti esse debeant, nec
possit quisquam sui ipsius debitor, aut cre-
ditor esse *l. si ei cui. in princ. ff. de evict. l.
cum filiofam.* 11. *vers. ipsi verò ff. de legat.* 1.
si per successionem concurrat in eamdem per-

sonam utriusque persona, confusione tolletur obligatio *l. sicut* 75. *l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de solut.* & alibi passim. Item cùm distinctæ esse debeant personæ debitoris ac fidejussoris, ac nemo pro se ipso fidejussor esse possit *l. hæres* 21. §. *servo tuo. in fin. ff. de fidejuss.*
2 ideò si per successionem hæ duæ personæ in unam coëant, tollitur obligatio fidejussoria, quoties plenior est obligatio principalis *l. si duo* 93. *in fin. l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de solution. l. debitori* 50. *in fin. ff. de fidejuss. l. hæres* 21. §. *servo tuo ff. de fidejuss.*

Quæritur autem quandonam hæc confusio solutionis habeat potestatem. Aliquando enim
3 hæc confusio debitorem eximit ab obligatione, aliquando solutionis potestate tollit omnem obligationem. Equidem sic existimo: confusione eximi debitorem ab obligatione, neque enim alia de causa tollitur obligatio, nisi quia deficit persona debitoris, cùm idem homo, & creditoris, & debitoris personam gerere non possit, & sui ipsius esse debitor. Quia verò exempto debitore aliquando permanet obligatio, aliquando verò omninò extinguitur: primo casu manente obligatione solùm reus eximitur, atque subtrahitur, nec habet potestatem solutionis confusio; secundo casu potestatem solutionis habet, quia tollitur omnis obligatio, sicut tollitur solutione. *princ. tit. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Itaque quod habeat, vel non habeat vim, & potestatem solutionis ex eo pendet, num potuerit eximi reus manente obligatione, vel non potuerit. Et hoc indicat *J. C. in l.*
4 *hæres.* 21. *in fin. ff. de fidejuss.* ubi ait, quod cùm post confusionem factam inter creditorem, & fidejussorem maneat debitor principalis obligatus, non potest dici solutionis potestate sublatam obligationem. Potest autem, ut suprà diximus, quoties plures sunt debitores ejusdem rei. Quando verò unus est tantummodo debitor, eo exempto necesse est tolli totam obligationem, quia nulla superest persona, in qua consistere possit obligatio. Quo fit, ut si plures sint debitores ejusdem rei, confusio non habeat vim solutionis, quia uno exempto cæteri manent obligati. Ac propterea si duo sint rei debendi, & creditor uni ex illis succedat, eximitur ille reus ab obligatione, non solutionis potestate tollitur obligatio *l. Uranius* 71. *vers. sed cùm duo rei ff. de fidejuss.* Item si fidejussor debitori hæres existat, confusio non habet vim solutionis, manet enim obligatus tamquam principalis *l. si duo* 93. *in fin. ff. de solut.* cum aliis, quas suprà adduximus. Imò si duo erant debitores, manet etiam obligatus tamquam fidejussor alterius, cui non successit *l. hæres* §. *cùm tu ff. de fidejuss.* Denique si fidejussor creditori succedat, eximitur ab obligatione fidejussor, sed reus principalis manet obligatus *l. Uranius* 71. *vers. quòd si creditor. l. hæres* 21. §. *quòd si, & §. ult. ff. de fidejussor.* his igitur in causis non habet potestatem solutionis confusio, quia plures erant debitores ejusdem rei, & potest unus ita eximi, ut non extinguatur omnis omninò obligatio. Atque idem dicendum, quando alius in locum exempti debitoris potest subrogari. Nam, ut suprà diximus, etiamsi unus sit debitor, potest tamen eximi ab obligatione, si alius in ejus locum substituatur, ac subrogetur, in quo consistere possit obligatio, ut accidit in *l.* 2. §. *cùm quis, & in l. si hæreditatem ff. de hæred. vel act. vend. & in l. quod bonis* §. *quod avus ff. ad Leg. Falcid.*

At verò quando unus tantummodo debitor est, cùm eo deficiente, nemo supersit, in cujus persona subsistat obligatio, utique ea funditus tollitur, quemadmodum tolli- 5
tur solutione, aut compensatione, ut in *l. quæ dotis* 33. *ff. solut. matrim. in l. debitori* 50. *ff. de fidejuss. l. sicut* 75. *ff. de solut. l. si id quod* 21. §. 1. *ff. de liberat. legat.* Et ita nos monet Paulus in *l. Uranius ff. de fidejuss.* ubi ait, quod si unus tantum sit debitor, eique successerit creditor jure solutionis, tollitur obligatio, secus autem si duo fuerint debitores. Nec obstat, quod jure solutionis tollatur etiamsi intercesserint fidejussores, ac mandatores, & proindè plures sint debitores ejusdem pecuniæ *l. Uranius & l. hæres* 21. §. *quod si, & l. si Stichum* 38. *ff. eod. tit.* Nam facilè respondetur, quod licet plures sint debitores, tamen cùm non possit

eximi debitor principalis, quin liberentur etiam fidejussores *l. in omnibus ff. de solution.* perindè est, ac si unus esset debitor, quia hoc exempto ab obligatione necesse est, ut tota extinguatur obligatio, ac proindè solutionis vim obtinet exemptio, atque confusio. Unde nostra sententia potius confirmatur. Ex
6 his constat confusionem habere vim solutionis non ex æquitate, sed quadam necessitate: quia cùm unus est debitor, eo subtracto, necesse est omninò tolli obligationem: quemadmodum tollitur solutione.

His præmissis examinemus oportet, quod putant Viri doctissimi, confusionem vim solutionis non habere quoad pignus, cùm per confusionem principalis obligationis pig-
7 nus non liberetur, sicut liberatur fidejussor, *l. debitor. 59. in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. cùm quis 38. ff. de solut.* quia pignoris causa continet hanc conditionem, ut non liberetur, nisi pecunia soluta sit, aut alio modo satisfactum creditori *l. grege 13. §. etiam ff. de pignor.* facit text. *in l. ex sextante. pen. in fin. ff. de except. rei judic.*

Ego verò numquam adduci potui, ut crederem, extinctâ penitùs principali obligatione durare obligationem pignoris, cùm contrarium nominatim traditum sit in *l. in omnibus 43. ff. de solut.* & hac in re comparetur pignus fidejussori *d. l. in omnibus.*
8 Præterea certum est omnibus speciebus liberationum pignus extingui, sive ipso jure liberetur debitor, sive ope exceptionis. Non dico de solutione, & compensatione, de quibus nemo potest dubitare: sed & novatione pignora tolluntur *l. novatione 18. ff. de novation. l. solutum 11. §. si quasi ff. de pign. act.* item acceptilatione *d. l. solutum.* pacto de non petendo *l. si tibi §. de pignore ff. de pact. l. 5. §. 1. ff. de pign.* jurejurando, & re judicata *l. si deferente. in princ. & in fin. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* licèt in plerisque causis nulla sit satisfactio creditoris. Denique, si posset pignus sine ulla principali obligatione subsistere, cur tam sollicitè quæreret de naturali obligatione Paulus in *l. debitor 59. ff. ad S. C. Trebell.* Aliis argumentis hæc sententia perspicuè posset demonstrari, sed non est hic locus opportunus.

Veniamus ad *d. l. debitor 59. in princ. ff. ad S. C. Trebell.* Dico pignoris obligationem in eâ lege non tolli, quia superest naturalis 9
obligatio, cui adhæret: ut ostendit J. C. illis verbis *remanet ergò propter pignus naturalis obligatio.* quæ modò explicabimus. Idem ostendit J. C. exemplo illo, *quemadmodùm cùm amissa est actio propter exceptionem*: quo casu dubitandum non est superesse naturalem obligationem; hæc enim verba referri non possunt ad eum, qui tutus sit aliquâ ex illis exceptionibus, quas suprà numeravimus, hic enim tutus est eâdem exceptione etiam quoad pignus, ut diximus. Referuntur igi- 10
tur ad eum, qui plus petendo causa cecidit *§. si quis 33. Inst. tit. de action.* quo casu pignus perseverat. *l. servum 27. ff. de pign.* aut qui tempore actionem amisit *l. qui occidit 30. §. 1. ff. ad Leg. Aquil.* Quò referenda etiam fortassè est *l. 2. C. de luit. pign.* nam & in hac agitur de actione submota, quod accidit, quoties quis desinit esse obligatus civiliter, manet tamen obligatus naturaliter, tunc enim verè submovetur actio, non tollitur penitus obligatio. Cùm igitur illis casibus debitor subtilitate Juris liberatus maneat obligatus naturaliter, etiam in casu *d. l. debitor*, manebit naturaliter obligatus, cùm casus hic dicatur esse similis illis. Adde quòd in *d. l.* solutum repeti non potest, quod certissimum est argumentum naturalis obligationis *l. naturales 10. ff. de oblig. & act. l. quia naturalis ff. ad S. C. Maced. l. si non sortem 26. §. libertus l. si quod 64. ff. de condict. indeb.* Cùm igitur hæres maneat naturaliter obligatus, pignus debet perseverare *l. quæsitum 14. §. 1. ff. de pignor.*

Non extinguitur autem naturalis obligatio in *d. l. debitor*, quia licèt confusione soleat extingui etiam obligatio naturalis, ut probari potest ex *l. frater à fratre 38. ff. de* 11
condict. indeb. & ex l. hæres 21. §. quòd si ff. de fidejuss. tamen in *d. l.* non extinguitur, quia coactus hæres adiit hæreditatem; ac proindè statim totam restituere cogitur *l. 4.* 12
l. nam quod 14. §. qui compulsus l. ita tamen.

27. §. *qui suspectam*, & §. *si preceptis l. si patroni* 55. §. *quid ergò ff. ad SC. Trebell.* Non est autem æquum, ut amittat jus suum, qui hæreditatem accepit invitus, ut statim restitueret: neque enim videtur capere, qui cogitur alii restituere *l. non videtur capere ff. de Reg. Jur.* obligatio autem naturalis solâ
13 æquitate nititur *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de solut.* Et licèt, qui semel fuit hæres, sit semper hæres §. *restituta* 3. *Instit. tit. de fideic. hered. l. ei qui* 88. *in fin. ff. de hered. instit.* tamen hoc inductum est ratione Juris Civilis, quæ naturalem non tollit obligationem.

Observanda autem sunt illa verba Jurisconsulti: *remanet ergò propter pignus naturalis obligatio.* Nam licèt hæc obligatio naturalis in quibusdam causis à Jure Civili non consideretur, & sit inutilis; tamen quoad
14 causam pignoris remanet, & utilis est: cùm pignus nitatur æquitate prætoriâ, à qua actionem obtinet §. *item Serviana Instit. tit. de action.* & passim. Prætor autem subtilitatem Juris insuper habet, & solam æquitatem spectat. Exemplis afferendis supersedemus, sunt enim trita ac pervulgata: unum tamen omittere non possum. Prætor ex æquitate concedit creditoribus separationem bonorum. *l.* 1. *ff. de separat.* si debitor fidejussori suo hæres existat, confunditur obligatio, & fidejussoria tollitur à principali, ut initio diximus. Sed hoc fit subtilitate Juris, quod major minorem tollat, *l.* 3. *in princ. ff. de*
15 *separat.* Neque enim naturaliter repugnat eumdem teneri, & principali, & fidejussoriâ obligatione *l. hæres* 21. §. *servo tuo ff. de fidejuss. l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de solution.*
16 Igitur cùm solâ Juris Civilis ratione sit constitutum *d. l.* 3. manet naturalis obligatio fidejussoria, quæ etsi à Jure Civili non consideretur, & pro nulla habeatur, tamen consideratur à Prætore, qui solam æquitatem intuetur, & dat separationem bonorum fidejussoris, quemadmodum, si non esset sublata fidejussoris obligatio *d. l.* 3. *in princ.* Non aliter in casu nostro manet naturalis obligatio propter pignus, quia obligationem naturalem Prætor tuetur dando actionem hypothecariam, quæ obligatio alioquin à Jure Civili nihili penderetur.

Superest text. *in l. cùm quis* 38. §. *ult. ff.* 17
de solut. Observandum est quod licet fidejussoris obligatio, quæ stricti Juris est, non trahatur, ut aïunt, de casu ad casum, trahitur tamen obligatio pignoris. Itaque quoties pignus accessit alicui obligationi, quæ contracta sit alterius obligationis gratiâ, pignus tenetur etiam pro hac obligatione, licet huic non accesserit. Elegantissimum exemplum proponitur in *l. ult. ff. in quib. caus. pign. tac. contrah.* Aliud exemplum est in *l. solutum* 11. §. *solutam. vers. planè ff. de pign. action.* ubi invecta & illata à secundo conductore tenentur pignori etiam pro obligatione primi conductoris, quatenus tamen secundus conductor conduxit. Constat autem ibi teneri etiam pro obligatione primi conductoris, quia perperam dubitaret, & conjecturis probaret Jurisconsultus non teneri in universam pensionem, si tenerentur solùm pro conductione secundi conductoris, qui solùm partem conduxit. Simile est exemplum, quod proponitur in *d. l. cùm quis* 38. §. *ult. ff. de solut.* Etenim cùm, & obligatio fidejussoria, & obligatio pignoris à fidejussore constituti contractæ sint contemplatione principalis obligationis, & ad eam magis, ac magis confirmandam, licet pignus non accesserit obligationi principali, sed fidejussoriæ, tamen sublatâ obligatione fidejussoriâ ex sola Juris subtilitate, tenetur pro obligatione principali.

Posset etiam responderi eodem modo, quo ad superiorem legem. Nam cùm inter hos confundatur obligatio solâ ratione Juris Civilis *l.* 3 *ff. de separat.* remanet naturalis obligatio, quæ licet nihili fiat à Jure Civili, consideratur tamen à Prætore in pignore, ut diximus.

CAPUT XII.

AD L. 1. ff. QUI POTIOR. IN *pign. & l. 2. C. de luit. pign. & alias.*

SUMMARIUM.

1 *Pignoris obligatio non nascitur sine principalis obligatione: latè probatur.*
2 *Hypotheca liberorum in bonis patris incipit à die suscepta administrationis: & quare nn. seqq.*
3 *Referuntur varia sententia, & refelluntur.*
4 *Unica est patris administrantis obligatio: eaque ab initio.*
5 *Cujusmodi sit hac obligatio.*
6 *Futura & conditionali obligationi rectè pignus accedit, & quare?*
7 *Similia exempla afferuntur.*
8 *Pignus pro dote restituenda tenetur etiam ante numerationem, & quare?*
9 *Pignoris obligatio retrotrahitur simul cum principali obligatione.*
10 *Conditio quando retrotrahatur, vel non?*
11 *Differt dos ab aliis contractibus quoad retrahendam conditionem numerationis.*
12 *Mulieris interest dotem marito numerari.*
13 *In legatis conditio non retrotrahitur.*
14 *Heres satisdat in legatis conditionalibus.*
15 *Si legatum corruat, evanescit satisdatio, & ipsum sequitur, & quomodò.*
16 *Simul cedit dies legati, & satisdationis; & quando id accidat.*
17 *Explicatur* l. 2. C. de luit. pignor. *& nn. seqq.*
18 *Pignoris causa est individua.*
19 *Pignus durat submotâ actione personali, non extinctâ obligatione.*
20 *Submotâ actione per lapsum temporis durat pignus, & quare?*
21 *Imo potest etiam de novo constitui.*
22 *Explicatur* l. solutum §. solutam ff. de pign. act.
23 *Invecta à secunde conductore tenentur pro obligatione primi conductoris, & quare?*
24 *Explicatur* l. si rem 9. §. 1. ff. de pign. act.
26 *An, & cur pignus possit dari pro iis, qua praestantur officio Judicis. Explicatur id variis exemplis.*
28 *An cedi possit hypotheca sine principali obligatione.*

DIximus aliàs neque obligationem fidejussoris, neque obligationem pignoris sustineri posse, sublatâ penitus, & extinctâ principali obligatione. Sicut enim ruunt aedificia, subductis fundamentis, & vites decidunt, subtractis pedamentis; ita corruunt hae obligationes, sublatâ principali obligatione, cui innitebantur. Sunt hae obligationes hederae similes: principalem obligationem sequuntur; ipsi tenaciter haerent; eâ fulciuntur; eâ subductâ confestim intercidunt. *l. cùm principalis ff. de R. J.* Quo fit, ut nec possint contrahi sine principali obligatione, à qua sustineantur. Frustrà igitur pignus contrahitur, si nulla subsit principalis obligatio, cui innitatur. Itaque si spe 1
futurae numerationis, cautionem emisero, & pignus dedero; pignus non obligatur, si postea numeratio pecuniae non intervenerit *l. 1. & 2. C. si pign. convent. num. pecun.* Si pater ab haerede pignus accepit ex causa legati conditionalis filio relicti; pignus non tenetur, si conditio legati existat, postquam filius à patria potestate liberatus est *l. si legati 28. ff. de pign.* quia pignus patri datum est, cui nulla principalis obligatio per filium acquiritur, qui non est sub patria potestate eo tempore, quo conditio existit, hoc est, quo nascitur obligatio: nam in legatis conditio non retrotrahitur, sed spectatur tempus existentis conditionis, quo tempore dies legati cedit. *l. si post diem 5. §. ult. l. si usufructus 14. §. ult. ff. quando dies leg. ced.* secus esset in contractibus, argum text. in *l. potior §. 1. ff. qui potior. in pignor.* quia obligatio ex contractu patri acquiritur, etiamsi conditio existat eo temporé, quo filius liberatus est à patria potestate, *l. si filiusfam. 78. ff. de V. O. l. qua legata 18. in fin. ff. de Reg. Jur.* quia in contractibus spectatur tempus contractûs, non existentis conditionis *l. non omne 144. ff. de R. J.* Item si quis promiserit se daturum mihi, aut Titio, nihil agit dando pignus Titio, cui non est obligatus *l. sed etsi §. 1. ff. de const. pecun. l. eum, qui ita 56. §. qui sibi ff. de V. O.* Quamobrem in pignore rectè contrahendo hoc primùm oportet observare, an subsit aliqua principalis obligatio, cui possit pignus accedere, eaque quasi quodam fulcimento sustineri.

Verumtamen saepenumerò occurrunt in Jure nostro pignorum obligationes, quae vi-

dentur contractæ sine ulla principali obligatione, cui possint inniti, de quibus accuratè differendum est. Ac primùm cùm liberi in bonis parentis, administrantis eorum bona adventitia, tacitam habeant hypothecam, & dubitaretur, quo tempore incipiat
2 hæc tacita hypotheca; statuit Justinianus incipere à die susceptæ administrationis *l. cùm oportet §. ult. C. de bon. quæ liber.* & tamen principalis obligatio nasci non videtur nisi à die damni dati, eoque tempore, quo pater malè rem gessit. Quare bona patris jure pignoris obligata sunt eo tempore, quo nondum nata est principalis obligatio.

Sed ego puto falsum esse, quod assumitur: ac verissimum existimo principalem obligationem initio nasci à die susceptæ administrationis. Enimverò hac de re inter doctissimos homines est magna dissensio.
3 Bartholus enim, & cum eo plerique putant obligationem nasci tempore rei malè gestæ, sed tamen cùm pater admistrationem suscipiendo quasi contrahat §. 1. *Inst. tit. de oblig. quæ quasi ex contr. l. ait Prætor ff. de negot. gestis*, statim nascitur obligatio pignoris, quæ etsi nasci non possit, antequam celebretur contractus principalis obligationis, tamen nasci potest antequam oriatur principalis obligatio.

Baldus autem, & Salicetus duas constituunt obligationes, quibus filio pater obstringitur: alteram primævam, & generalem, quæ incipit à die susceptæ administrationis: alteram secundariam, ac specialem, quâ pater obstringitur ex mala administratione.

4 Ego verò contra sentio, unicam esse obligationem, eamque nasci initio à die susceptæ administrationis. Nemo enim ignorat, eos qui aliena negotia suscipiunt administranda, obligari illis, quorum negotia administrant, & hanc obligationem, ex quasi contractu nasci, si nullum mandatum intervenerit. §. 1. *Instit. tit. de oblig. quæ quas. ex contr. l. 5. in princ. ff. de obl. & act. l. 3. & tot. tit. ff. de negot. gest.* Hæc autem obligatio initio nascitur, cùm quasi contractus similis sit contractui; & sæpenumerò in Jure nostro contractus appelletur *l. sed & cùm aliquis 16. ff. de negot. gest. l. contractus 23. ff. de Reg. Jur.* & in hoc quasi contractu spectandum sit initium, quemadmodum spectatur in contractibus *l. Pomponius 15. l. sed & cùm aliquis 16. ff. de negot. gest.* Consequens est igitur, ut initio etiam pignus obligetur.

Atque, ut hoc apertius demonstremus, naturam hujus obligationis attentius inspiciamus. Omnis obligatio, aut in dando 5 consistit, aut in faciendo. *l. stipulationum. in princ. l. obligationum substantia 3. in princ. ff. de oblig. & act. §. ult. Inst. tit. de V. O.* His additur obligatio mixta, quæ partim in dando, partim in faciendo consistit *l. veteris C. de cont. & commit. stip.* In obligationibus dandi statim debitor tenetur ad dandum: in obligationibus faciendi statim tenetur ad faciendum. Illud in his est singulare, quod si non fecerit elapso tempore, quo facere potuit, tenetur in pecuniam numeratam: hoc est, in id, quod creditoris interest, eum non fecisse, quod facere debebat. *l. si quis ab alio. §. ult. ff. de re judic. l. si pœnam. l. quoties quis. l. stipulationes non dividuntur. l. si quis stipulatus 112. ff. de V. O. l. 1. ff. de act. empti. l. ult. ff. si quis in jus voc. non ier.* Hujus generis est obligatio, de qua agimus, videlicet obligatio faciendi, aut mixta. Qui aliena negotia suscipit administranda, confestim obligatur ad faciendum omne id, quod in utilitatem Domini geri potest: obligatur ad administrandum diligenter, & ex bona fide. Quamobrem non solum tenetur si damnum dederit gerendo id, quod geri non debebat, sed etiam si omiserit id, quod geri potuit *l. si pupilli 6. §. ult. ff. de negot. gest.* Quid ita? quia ad id faciendum erat obligatus: omnia enim facere debet, quæ vergunt in utilitatem, & commodum ejus, cujus negotia suscepit: propterea tenetur etiam de omissione, & condemnatur in pecuniam numeratam, nempè in omnem utilitatem, quæ ex facto percipi potuit, ut in aliis faciendi obligationibus *l. si pecuniam. pen. ff.*

si quis caution. l. si quis ab alio. in fin. ff. de re judic. §. 1. *Instit. tit. de obligat. quæ quasi ex contr.* Ex his apparet, quî fiat cur tutor, & administrator non teneantur, nec adstringi possint ad solvendum, si rectè administraverint. Hoc enim non ideò fit, quod initio non essent obligati, vel quod solum ex mala administratione nascatur obligatio; sed quia rectè administrando satisfecerunt obligationi, & ab ea liberati sunt. Qui enim obligatus est ad dandum, ab obligatione liberatur dando, quod debet: & qui obligatus est ad faciendum, liberatur faciendo id, quod facere debebat, cùm solutione ejus, quod debetur, omnis tollatur obligatio *princ. tit. Inst. quibus mod. toll. obl. l. si fidejussor ff. de condict. ind. l. si pupillus* 21. *in fin. ff. ad leg. Falc. l. in omnibus, cum seq. ff. de solut. l. creditori* 5. *C. de pact.* nec aliud sit solutio, quam præstatio ejus, quod debetur. *l. solutam* 49. *ff. de solut.*

Obligatur igitur pater à die susceptæ administrationis, non à die damni dati: & ideò à die susceptæ administrationis bona ejus sunt liberis obligata.

Alterum exemplum pignoris contracti sine principali obligatione proponi videtur *in l.* 5.
6 *vers. & sive ff. de pignor.* ubi ait Jurisconsul. quod etiam futuræ obligationi potest pignus accedere: & in *l. grege* 13. §. *si sub conditione ff. eod.* ubi conditionali obligationi rectè pignus accedit.

Sed facilis est, & expedita distinctio. Accedit pignus, & futuræ, & conditionali obligationi: ita tamen, ut non ante pignus obligetur, quam principalis obligatio nascatur. De conditionali obligatione perspicuè docemur in laudata *l.* 5. *& in l. grege* 13. §. *si sub conditione ff. de pign.* De futura obligatione testatur Paulus in *l.* 4. *ff. quæ res pign. oblig. poss.* ubi hujus rei proponit elegantissimum exemplum. Est autem hoc perpetuum in Jure nostro, Fidejussor obligari non potest, nisi principalis debitor sit obligatus. *l. fide-*
7 *jussor obligari* 16. *ff. de fidejuss. l. qui contra.* 11. *& l. si mihi.* 23. *ff. eod.* nihilominùs potest accedere, & futuræ & conditionali obligationi *l.* 6. §. *ult. ff. de fidejuss.* quia suspenditur ejus obligatio, quamdiu suspenditur obligatio principalis *l. si debitori* 47. §. *ult. & l. fidejussor* 57. *ff. de fidejuss.* Novatio fieri non potest, nisi præcedat obligatio, quæ novatur *l.* 1. *ff. de novat.* §. *præterea Inst. quib. mod. toll. oblig.* & tamen novari potest futura, & conditionalis obligatio *l. si Stichum* §. 1. *l. quoties* 14. *in princ. ff. de novat.* quia pendet novatio, donec principalis obligatio nascatur, quæ per novationem extinguitur eodem momento, quo nascitur *d. l. si Stichum* §. 1. *& d. l. quoties. in princ. ff. de novat.* Constitui non potest, nisi id, quod debetur. *l.* 1. §. 1. *l. eum qui* §. *quod exigimus. l. hactenus. l. item* §. *quod adjicitur ff. de const. pecun.* Potest tamen constitui debitum conditionale, quia eadem conditione suspenditur *l. id, quod sub conditione ff. eodem.* Acceptilatio pariter fieri non potest nisi de eo, quod per stipulationem debetur. §. *item per acceptilationem Inst. tit. quib. mod. toll. oblig. l. an inutilis* §. *acceptum ff. de acceptil.* potest tamen accepto ferri etiam debitum conditionale, quia suspenditur acceptilatio, quamdiu pendet conditio: eâ verò existente, debitor jam olim ab initio simul, & obligatus, & liberatus fuisse videtur. *l. si sub conditione* 21. *ff. de acceptil. l. sub conditione* 16. *ff. de solutionib.* Eadem ratione pignus accedit, & futuræ, & conditionali obligationi, etiamsi non possit sine principali obligatione subsistere.

Sed opponi potest, quod pignus accedens futuræ obligationi, statim obligatur, etiamsi antequam nascatur principalis obligatio.
Probatur id auctoritate *l.* 1. *ff. qui pot. in* 8
pign. hab. ubi pignus à marito datum, pro securitate dotis restituendæ, tenetur statim etiam antequam dos marito fuerit numerata. Et tamen maritus non obligatur ad restituendam dotem, nisi post numerationem *l. si ex cautione* 3. *C. de non numer. pecun.* cùm obligari ad restituendum non possit ille, qui non accepit *l. qui pecuniam* 30. *ff. de reb. cred. l. cùm ultra C. de non numer. pecun.*

Sed nullius momenti est hujusmodi argumentum. Non nascitur ibi obligatio pignoris ante principalem obligationem. Licet enim promissio

promissio restituendæ dotis non obliget ante numerationem, & pendeat à tacita conditione numerationis: tamen existente conditione numerationis retròtrahitur obligatio ad tempus promissionis, perindè ac si eo tempore conditio extitisset *l. necessario. 8. in*
9 *princ. ff. de peric. & comm. rei vend.* In contractibus enim id tempus spectamus, quo contrahimus *l. non omne* 144. §. 1. *ff. de Reg. Jur.* Itaque pignoris obligatio retròtrahitur, & initio nata fingitur, cùm principalem sequatur obligationem *l. qui balneum* §. 1. *& l. potior* 11. §. 1. *ff. qui pot. in pign. hab.* quod & de acceptilatione traditum est *in l. sub conditione* 16. *ff. de solut.*

Sed obstat, quod licèt conditio fortuita, quæ à casu pendet, retròtrahatur ad tempus initi contractûs, tamen conditio arbitraria, quæ pendet à potestate debitoris, non retròtrahitur *l. qui balneum* 9. §. 1. *ff. qui pot. in*
10 *pign. hab. l.* 4. *ff. quæ res pign.* Atqui in potestate mariti est dotem non accipere, & non accipiendo se ex præstita cautione non obligare *l. qui pecuniam* 30. *ff. de reb. credit. l. Titius* 4. *ff. quæ res pign. vel hypoth.*

Resp. multum interesse inter dotem, & mutuum, aliosque contractus. In mutuo & aliis contractibus conditio numerationis est arbitraria. Potest enim, qui promisit creditori futuro se restituturum pecuniam, eam postea non accipere, eâque non acceptâ
11 inutilem reddere promissionem *d. l. qui pecuniam* 30. *ff. de reb. cred.* Nemini enim facit injuriam, sed oblato beneficio non utitur: quod omninò est in nostra potestate *l. si Judex ff. de minor. l. invito ff. de Reg. Jur.* quapropter in mutuo pignoris obligatio non retrotrahitur ad tempus promissionis, sed tunc nascitur, cùm pecunia numeratur, quia conditio numerationis est in potestate debitoris *l. Titius* 4. *ff. quæ res pignor.* Non ita res se habet in dote. In hâc conditio numerationis non est arbitraria: neque enim est in potestate mariti dotem non accipere, & mulierem indotatam efficere; quoniam mulieres esse dotatas, & ipsarum mulierum, & Reip. interest *l.* 2. *ff. de jur. dot.* Itaque si maritus aut dotem non exegerit, aut promissorem liberaverit, ipse tenetur *l. vir ab eo ff. de jur. dot. l. penult.* §. *si vir socero ff. solut. matrim.* Quamobrem cùm non sit in potestate mariti dotem non accipere, conditio numerationis non pendet ab ejus potestate, & propterea retròtrahitur ad tempus promissionis.

Hujusmodi discrimen inter dotem, & mutuum indicavit Papinianus in laudata *l.* 1. *ff. qui pot. in pign. hab.* ubi ait, quod *non probè dici potest esse in potestate mariti, ne pecuniam reddat, ut minùs dotata mulier esse videatur.* Quibus significat, quod cùm in potestate mariti non sit pecuniam non accipiendo efficere, ne teneatur ad eam restituendam, observandum est tempus promissionis, non numerationis. Non est autem in potestate mariti non accipere, ne mulier minùs dotata esse videatur. Ita rectè meo judicio verba illa interpretatur Accursius: à vero aberrat Cujacius, quia ea aliorsum accipit. Subdit deindè Papinianus: *Alia causa est ejus, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra certam diem numerasset, & fortè prius, quàm numeraret, alii res pignori data est.* En mutuum, in quo pignus non obligatur ante numerationem, quia fuit in potestate debitoris pecuniam non accipere, & impedire conditionis eventum, ut perspicuè explicat Paulus *in l. Titius* 4. *ff. quæ res pignor.*

Nec refragatur his, quæ diximus, quod in laudata *l.* 1. *ff. qui pot. in pig.* promissor dotis eam sibi reddi stipulatus erat; adeoque non intererat mulieris dotem à marito non accipi. Etenim plurimum nihilòminus poterat mulieris interesse dotem marito nu-
merari. Quid enim, si promissor cavisset 12
dotem sibi reddi solum in aliquem casum, ut sæpenumerò solet evenire? Quid? quòd mulieres indotatæ à maritis facilè contemnuntur, ac dimittuntur, *l. ult. C. ad S. C. Vellej.* Quid? quod soluto matrimonio potuit iterum eamdem dotem promissori restitutam obtinere pro secundis nuptiis.

Sed rursùs opponi potest, quod in legatis conditio non retròtrahitur ad tempus mortis

l. is, *cui* 42. *ff. de obl. & act. l. ſi mater* §.
13 *eamdem. in fin. ff. de except. rei judic. l.* 1. §. *ſervi appellatione ff. ad S. C. Syllanian. l. ſi uſuſfructus* 14. *in fin. ff. qu. dies leg. ced. l. ſi legati* 28. *ff. de pignor.* & tamen pignoris obligatio ſtatim naſcitur, etiam antequam exiſtat conditio, hoc eſt, antequam principalis obligatio naſcatur *l. qui balneum* §. *ſed & ſi ff. qui pot. in pign. hab.*

Animadvertendum tamen eſt, in ea lege non agi de obligatione legati, ſed de obligatione conventionali. Neque ibi pignus acceſſit legato, ſed ſtipulationi conditionali. In legatis enim conditionalibus hæres tenetur ſatisdare legatario: hoc eſt legatario promittere per ſtipulationem datis pignori-
14 bus, vel fidejuſſoribus *l.* 1. *in princ. & in* §. 1. *& toto tit. ff. ut legat. vel fideicom. nom. caveat.* & ſi hæres nolit ſatisdare, mittitur legatarius in poſſeſſionem bonorum hæredis *l.* 1. §. 1. *& toto tit. ff. ut in poſſeſſ. legator.* Supponitur in laudata lege legatum conditionale: ſupponitur conventio pignoris: undè conſequens eſt, ibi agi de ſatiſdatione legatario præſtita ab hærede. Interceſſit igitur ſtipulatio, & ſtipulationi pignus acceſſit: & retròtrahitur ad tempus celebrati contractûs. Quamobrem non ſupponit Juriſconſultus teneri pignus à morte teſtatoris, quemadmodum eveniret, ſi retròtraheretur, cum ipſa obligatione legati: ſed teneri à die conventionis: ſupponit enim pignus alteri traditum fuiſſe poſt initam conventionem cum legatario, & ſtatuit legatarium eſſe potiorem, licèt conditio poſteà extiterit.

Sed obſtat text. in *l.* 1. §. *ſi quis ſub condi-*
15 *tione ff. ut legat. nom. cav.* ubi evaneſcit ſtipulatio, ſi pendente conditione decedat legatarius, quia legatum non tranſmittitur. Ergò ſtipulatio ſequitur naturam, & conditionem legati. Item ſi legatum fuerit filio fam. Sub conditione ſatiſdandum eſt patri, ſed ſi exiſtat conditio legati eo tempore, quo legatarius factus eſt ſui juris, evaneſcit ſatiſdatio *l.* 1. *in fin. ff. ut legat. vel fideicom. cauſ. cav. l. ſi legati ff. de pign.* Non poteſt enim in perſona filii conſiſtere ſatiſdatio, quia ei præſtita non eſt. Non in perſona patris, quia ei legatum non acquiritur, ſed filio *l. ſi uſuſfructus* 14. *in fin. ff. quando dies leg. ced.* Atqui ſi ſtipulatio non ſequeretur naturam legati, & conditio retròtraheretur ad tempus præſtitæ ſatiſdationis, patri acquireretur obligatio *l. quæ legata* 18. *ff. de Reg. Jur. l. ſi filiusfam.* 78. *ff. de V. O.*

Reſpondetur, quod utique, ſi legatum non debeatur, aut non debeatur ei, cui præſtita eſt ſatiſdatio, neceſſe eſt, ut corruat ipſa ſatiſdatio. Etenim hæc ſatiſdatio tacitè in ſe continet hanc conditionem, *ſi legatum debebitur.* Præſtatur enim pro ſecuritate legatarii, non ut aliquid ex ea legatarius acquirat. Iniquum autem eſt, cautum eſſe ei, cui nihil debetur *l.* 1. §. *ult. verſ. iniquum ff. ut legator. cauſ. cav.* Quamobrem omnes exceptiones, quæ obſtant legato, obſtant etiam ſtipulationi *d. l.* 1. §. *ſi quis ſub conditione. in fin. ff. ut legat.* Quamvis autem corruente legato evaneſcat ſatiſdatio, quæ tuendi legati cauſâ præſtita fuerat: nihil impedit, quominùs ſubſiſtente legato, poſſit ſatiſdatio vires ſuas exercere à die, quo præſtita fuerat. Fingamus debitorem pignori obligaſſe rem alienam, & poſteà dominum rei ratum habuiſſe, non dubitatur ſubſiſtente pignore ratihabitionem retròtrahi ad tempus contracti pignoris *l. ſi fundus* 16. §. 1. *ff. de pignor.* Corruente tamen obligatione pignoris, vel quia contracta erat ſub conditione, & conditio defecit, vel quia ille, qui pignus dedit, nihil debebat; utique corruit, & ratihabitio domini, & inutilis eſt. Sic inutilis eſt ſatiſdatio corruente legato: eo autem ſub- 16
ſiſtente retròtrahitur. Sed contrarium videtur reſpondiſſe Ulpianus in *l. cùm legatorum* 8. *ff. ut legat. cauſa cav. Cùm legatorum nomine ſatiſdatum eſt, ſimul dies legatorum ceſſit, protinùs iiſdem diebus, etiam ex ſtipulatione debentur.*

Reſpondetur, in hac lege agi de legatis in diem, ut conſtat ex lege ſequenti quæ hujus explicandæ cauſâ ſubjecta eſt: ibi, *non tamen ut ſtatim peti poſſint: deberi enim*

dicimus, & quod die certâ præstari oportet, licet dies nondum venerit. Cessit dies legati, debetur legatum: sed peti non potest: necdum venit dies legati. Hæc omnia propria sunt legati in diem, nec possunt convenire legato conditionali, *l. cedere diem ff. de V. S. l. si post diem 5. & toto tit. ff. quan. dies legat. ced.*

Quòd si quis velit eam legem latiùs interpretari, ut comprehendat etiam legata conditionalia, animadvertat, oportet, nihil aliud in ea lege statui, ac definiri, quàm quod stipulatio, & satisdatio legatorum causa præstita tacitè continet eamdem conditionem, idemque tempus, quod continent ipsa legata, ut responsum est de obligatione constitutæ pecuniæ in *l. id, quod sub conditione. in princ. ff. de constit. pecun.* Hoc enim significant verba illa, *iisdem diebus debentur*: hoc est, quòd si legatum debebatur sub conditione, sub eâdem conditione debetur etiam ex stipulatione, quamvis in stipulatione conditionis mentio facta non fuerit: si verò debebatur in diem, debetur idem eodem die, etiam ex stipulatione. Diei enim nomen, & diem certum, & diem incertum, & conditionem comprehendit, ut in *l. talis scriptura ff. de leg. 1. in l. si quis legata 54. ff. de cond. & dem.* Quæ omnia utique verissima sunt, sed non impediunt, quominus existens conditio retrotrahatur. Debetur quidem ex stipulatione legatum iisdem diebus, & sub eadem conditione, sed tamen existente conditione spectatur tempus celebrati contractûs, ut in quacumque stipulatione usu venit *l. si filius famil. 78. ff. de V. O.*

17 Ad alia jam progrediamur. Pignus subsistere sine principali obligatione traditum est in *l. 2. C. de luit. pign. Intelligere debes vincula pignoris durare principali actione submotâ.* Si durant vincula pignoris sine principali obligatione, possunt etiam colligari *l. nihil tam naturale. l. omnia l. ferè quibuscumq. ff. de Reg. Jur.*

Doctissimus Cujacius putat, hanc legem referendam esse ad legem primam ejusdem tituli, idemque factum in ea supponi. Si plures sint ejusdem debitoris hæredes, & unus ex eis solvat creditori pro portione hæreditaria, liberatur quidem ab obligatione, & submovetur, & extinguitur actio personalis, quâ poterat conveniri: durant 18
tamen vincula pignoris, etiam pro ea portione, quæ ad ipsum pertinet, quia pignoris causa est indivisa *l. rem hereditariam 65. ff. de evict.* solutâ enim parte debiti totum pignus nihilominùs manet obligatum: nam licèt res pignori subjectæ divisionem patiantur, pignus tamen ipsum est individuum, nec pro ulla parte debitor liberatur, quamdiu totum debitum non fuerit exsolutum *d. l. 1. C. de luit. pign. l. qui pignori 19. ff. de pignor. l. solutum 11. §. si in sortem ff. de pignor. act. l. si rem 5. omnis ff. eod.* Quo facto supposito rectè ait Imperator durare vincula pignoris submotâ actione personali.

Si quis huic interpretationi non acquiescat, vel quia diversa sunt Rescripta diversorum Imperatorum; vel quia id satis luculenter in prima lege fuerat explicatum, adeò ut supervacaneum videri possit, id multò obscurius repetere in secunda lege, & generaliter enunciare, quod generaliter verum non est; is animadvertat in hac lege non statui vincula pignoris durare extinctâ principali obligatione, sed submotâ personali actione. Submoveri enim potest actio, 19
etiam si non sit sublata principalis obligatio. Quoties enim subtilitate Juris Civilis tollitur obligatio, durant vincula pignoris, ut in *l. debitor 59. in princ. ff. ad S. C. Trebellian. in l. ex sextante. in fin. ff. de except. rei judic.* ratio enim non patitur, ut pignore fraudetur ille, cui satisfactum non est *d. l. ex sextante.* Et ideò Prætor, cujus auctoritate nititur actio hypothecaria *§. item Serviana Instit. tit. de action.* non denegat hanc actionem, quæ ex pacto descendit *l. contrahitur 4. ff. de pignor. & hypoth. l. 1. ff. de pignor. act.* & idcircò ex naturali ratione, & æquitate proficiscitur *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de const. pec.* Neque pignus durat sublatâ penitùs obligatione principali. Nam ratio & æquitas naturalis id efficit, ut perseveret naturalis

obligatio, quæ solo æquitatis vinculo sustinetur *l. Stichum 95. §. naturalis ff. de solut.* Perseverante autem naturali obligatione perseverat & pignus, licet sublata sit civilis obligatio *l. quæsitum §. 1. ff. de pignor.* Nec Prætor obsecundat Juri Civili in illis, quæ ab eo subtiliter sunt introducta, ut observat etiam in separatione bonorum *l. debitor. 3. ff. de separ.*

Existimo tamen laudatam *l. 2. C. de luit. pign.* referendam esse ad præscriptionem actionis. Hoc enim casu propriè dicitur actio submoveri *l. empti actio 21. C. de evict.* submotâ autem actione per lapsum temporis
20 durant vincula pignoris. *l. debitor 59. in princ. versic. quemadmodum ff. ad SC. Trebell. l. qui occidit 30. ff. ad L. Aquil. l. 3. junctâ l. 7. §. 1. C. de præscript. triginta, vel quadraginta annor.* quia per lapsum temporis non omninò extinguitur obligatio, cùm tempus non sit modus finiendæ obligationis *l. obligationum ferè ff. de oblig. & action.* submovebatur etiam actio, quando creditor plus petens causâ cadebat *§. si quis 33. Instit. tit. de action.* Nemo autem dixerit, hoc casu penitus sublatam fuisse obligationem, saltem naturalem, durante æquitate, quâ sustinebatur. Ac propterea durant vincula pignoris *l. servum 27. in fin. ff. de pignor.* Atque ad hos duos modos commodissimè referri potest Rescriptum Imperat. in laudata *l. 2. C. de luit. pign.*

Illud postremò est animadvertendum, quod non solum durant vincula pignoris, submotâ actione principali, sed etiam de
1 novo constitui possunt. Exemplum suppeditat nobis Scævola in *l. ult. ff. in quibus caus. pign. tac. cont.* ubi factâ transactione, & solutâ majori parte pecuniæ, debitor in residuam quantitatem pignus obligavit creditori: tenetur pignus etiam pro veteri contractu. Submotâ enim est actio, ex veteri contractu per transactionem: tamen si transactio postea rescindatur vel propter dolum, vel propter errorem, vel alia simili causa; apparet naturalem obligationem sublatam non fuisse, & residuam quantitatem, in quam pignus fuit obligatum, non esse solam quantitatem debitam ex transactione, sed etiam eam, quæ debebatur ex veteri contractu, pro qua non quidem expressim, sed tacitè pignus obligatur. Planè hos etiam casus ea generali lege comprehendi nullus dubito.

Opponi etiam potest text. in *l. solutum 11. §. solutam ff. de pignor. act.* Dominus locavit domum suam Titio; Titius ejus partem Cajo locavit. Cajus secundus conductor, in domum conductam res suas intulit. Eæ res pignori obligantur domino domûs. Et 22
tamen Cajus secundus conductor domino domûs non est obligatus, neque enim cum eo contraxit. Nec potest per Titium primum conductorem acquiri obligatio domino *d. l. solutum §. per liberam ff. de pignor. act.* contrahitur igitur pignoris obligatio, & domino acquiritur sine ulla principali obligatione, cui innitatur.

Respondetur, quod res invectæ, & illatæ à secundo conductore pignori obligantur domino, & accedunt obligationi primi conductoris, quâ ipse domino obstringitur: non verò obligationi Caji, secundi conductoris, quâ ipse domino non est obstrictus: adeoque non contrahitur obligatio pignoris sine principali obligatione. Quod autem pignus teneatur pro obligatione Titii, non Caji, constat, quia frustrà nos admoneret Ulpianus pignus teneri solummodò in eam summam, in quam cœnaculum Cajus conduxit, non verò in universam pensionem; quoniam credibile non est, Cajum voluisse in universam pensionem frivola sua obligare. Absurda esset quæstio, si invecta, & illata obligarentur pro pensione Caji: & multò magis absurda esset ratio petita à præsumptione voluntatis, & à verisimilitudine. Eadem de causa ineptum esset etiam, quod admonet Marcianus ex Pomponio in *l. 5. in princ. ff. in quib. caus. pign.* quod si conductor mihi gratuitam habitationem concesserit, invecta à me tenentur domino. Quis enim de his posset dubitare, si pignus accederet obligationi secundi, non primi conductoris? præsertim hoc casu, quo secundus nullam contrahit obligationem solvendæ pensionis.

Ideò autem invecta, & illata à secundo conductore pignori obligantur domino ædium pro obligatione primi conductoris, quia utraque obligatio tam primi, quam secundi conductoris respicit personam domini: & ideò, qui infert, & invehit res in domum conductam, videtur tacitè convenire cum domino domûs, eas res ipsi obligatas esse pro pensione, quæ ipsi debetur. Debetur autem domino pensio à primo conductore: ibi, *videtur tacitè & eum domino ædium hoc convenisse, ut non pactio cœnacularii proficiat domino, sed sua propria*. Accedit igitur pignus alienæ obligationi, quod fieri posse non dubitatur *l. aliena res ff. de pignor. act.* & ideò accedit alienæ obligationi, quia obligatio propria secundi conductoris pendet ab obligatione primi, & cum ea conjuncta est, atque connexa; adeo ut licet nemo solvens creditori sui creditoris, ipso Jure liberetur *l. si opera 6. ff. de dol. mal. except.* tamen secundus conductor rectè solvat domino ædium, hoc est creditori sui creditoris *d. l. solutum §. solutum ff. de pignor. act.* Non admodum dissimile exemplum proponitur in *l. cùm quis filii 38. § ult. ff. de solut.* Titius pro me fidejussit apud Cajum creditorem meum, & in suam obligationem Cajo pignus dedit. Moritur Titius, & me hæredem instituit. Adeo hæreditatem: confusione tollitur obligatio fidejussoria *l. Stichum 95. §. quod vulgò ff. de solut. d. l. cùm quis 38. §. ult.* nemo enim pro se ipso fidejussor esse potest *l. heres 21. §. quod si ff. de fidejuss.* extinctâ fidejussoriâ obligatione, pignus quoque, quod ei accesserat, extingui deberet. Respondit tamen J C. pignus durare: manet enim obligatio principalis, cujus contemplatione tam obligatio fidejussoria, quàm obligatio pignoris contracta fuerat.

Opponi prætereà potest text. in *l. si rem 9. §. 1. ff. de pign. act. Non tantùm autem ob pecuniam, sed & ob aliam causam pignus*
24 *dari potest. Veluti si quis pignus alieni dederit, ut pro se fidejubeat.* Nulla hìc videtur subesse principalis obligatio, cui pignus accedat; Nemo enim alteri obligatus est, ut pro se fidejubeat.

Sed non ita est. Qui dat alicui pignus, ut pro se fidejubeat, ei mandat, ut fidejubeat: eoque fidejubente mandati obligatur *l. semper 60. ff. de Reg. Jur. l. indebitam 47. ff. de condict. indeb. l. si remunerandi 6. §. si passus ff. mandat.* Huic obligationi mandati pignus accedit.

Denique duci rectè potest argumentum à fidejussione ad pignus *l. 2. ff. quæ res pign. dari poss. l. si legati 28. in fin. ff. de pign.* imo duci potest, ut aïunt Logici, à fortiori *l. cùm quis 38. in fin ff. de solut. & l. si quis posteaquam 37. ff de fidejuss. junctâ l. 2. C. de luit. pignor.* Atqui fidejussoris obligatio interdum sine principali obligatione contrahitur, aut sustinetur. Exemplum proponitur in *l. ult. in fin. ff. de duob. reis.* Alterum in *l. mortuo ff. de fidejuss.* Tertium in fidejussore, qui accedit officio Judicis, quod nullam supponit obligationem.

Sed falsa sunt omnia. Neque enim in laudatis exemplis fidejussor obligatur sine principali obligatione. De primo exemplo id demonstravimus alio loco, ubi luculenter exposuimus *l. ult. ff. de duob. reis.*

Ad *l. mortuo ff. de fidejuss.* facilis est responsio. Mortuo reo promittendi non extinguitur obligatio, sed residet in hæreditate, quæ defunctum repræsentat *§. servus Inst. tit.* 25
de hered. instit. l. non minus 31. §. ult. ff. eod. & domini locum obtinet *l. denique §. quæsitum ff. quod vi, aut clam. l. si ante 15. ff de interrog. act.* imo domina est *l. liber homo 13. §. si servus ff. ad Leg. Aquil.* & ideò pro ea obligatione, quæ in hæreditate est, fidejussor obligatur.

Ad tertium respondetur in omnibus iis, quæ præstantur officio Judicis, & quibus accedere potest, vel fidejussor, vel hypotheca, subesse aliquam obligationem, cui potest adhærere obligatio accessoria. Doctores 26
nostri primùm id probant exemplo fideicommissorum, quæ olim, ut ipsi putant, officio Judicis præstabantur, & eorum servandorum causâ fidejussor dari poterat *tot. tit. ff. ut legat. seu fideic. nom. cav.* & interdum etiam pignus *l. filio ff. eod.* sed utrumque falsum est, & quod præstarentur officio Ju-

dicis, nam extraordinaria dabatur persecutio ad ea persequenda, quæ actionis quædam species erat *l. pecunia verbum §. actionis ff. de V. S.* & quod nulla subesset obligatio, cui fidejussor, aut pignus posset accedere. Nam persecutio illa supponebat debitum, & obligationem *l. pecunia verbum §. ult. ff. de V. S.* & licèt stricto Jure nulla actione teneretur hæres, tamen cùm compelleretur auctoritate Magistratùs *l. hæreditas 50. in fin. ff. de petit. hæred.* erat obligatus ad solvendum *l. obligationum substantia ff. de oblig.* & quasi debitum ab eo exigebatur *l. 3. ff. de pollicit.* Et quis poterit dubitare hæredem saltem naturaliter obligatum fuisse? cùm & fideicommissa inutiliter relicta naturaliter debeantur, & soluta repeti non possint, quia ex conscientia satisfactum est voluntati defuncti *l. 2. C. de fideicom.* Et quæ fuit causa mandandi jurisdictionem fideicommissorum Magistratibus, & creandi Prætores fideicommissarios, qui hæredes cogerent præstare fideicommissa, nisi summa æquitas obtemperandi supremæ voluntati? Illud etiam operæ pretium est animadvertere, fidejussores, & pignora, quæ dantur fideicommissorum servandorum causâ, verè non accedere obligationi fideicommissi, sed obligationi stipulationis, quæ vera est, & justa obligatio: præstanda enim est ab hærede satisdatio fideicommissario *l. 1. ff. ut legat.* quæ satisdatio per stipulationem fit *l. hæc stipulatio 14. ff. eod.* & stipulationi accedunt fidejussores *l. prætoria 7. ff. de præt. stip.* igitur fidejussores accedunt veræ, & civili obligationi.

Probant id etiam exemplo legatorum, quæ præstantur officio Judicis, ut in *l. servos, 17. ff. de alim. legat. l. hæreditas 50. in fin. ff. de hæred. pet.* Pro legatis autem competit tacita hypotheca *l. 1. C. commun. de legat.* Sed quis non videt hæc legata deberi, & hæredem ad ea præstanda obligatum esse, saltem naturali obligatione, cùm non minùs æquum sit præstari hujusmodi legata, quàm cætera omnia? Posset etiam in controversiam adduci, an pro his legatis competat tacita hypotheca, cùm hæc detur solum quatenus competit actio personalis *l. 1. in fin. C. commun. de legat.* Sed hæc non sunt hujus loci.

Affertur etiam ad hoc probandum text. in *l. cùm quis 38. §. si quis ff. de solut.* sed satis suprà responsum est. Planè nemo negabit, eum, qui tempore liberatus est sine culpa, & negligentia creditoris, subtilitate quidem Juris Civilis, non posse conveniri, sed tamen secundum æquitatem, & naturalem rationem manere debitorem *l. 1. ff. ex quib. caus. major.* eâque suadente dari restitutionem creditori, ut cogi possit ad solvendum. *l. Divus 7. in princ. & in §. 1. ff. de in integr. restitut.* 27

Nullius momenti sunt argumenta petita ex *l. centum Capuæ. & l. ult. ff. de eo, quod certo loco. & ex l. quæro ff. loc.* Nam ibi una est stipulatio, una obligatio sortis principalis, quâ tenetur tàm reus principalis, quàm fidejussor. *d. l. centum Capuæ. versic. una stipulatio ff. de eo, quod cert. loc.* adeòq. subest principalis obligatio, cui adhæret obligatio fidejussoris. Cæterùm, quia reus principalis, præter id, quod est in obligatione, condemnatur officio Judicis etiam ad solvendum id, quod interest, vel sortis usuras: idcircò eodem officio Judicis condemnatur etiam fidejussor, cùm æquum sit, ipsum quoque idem onus agnoscere. *d. l. quæro ff. loc.* Non magis igitur tenetur fidejussor, quàm principalis.

Ut ad pignus revertamur; opponi possit, hypotecam cedi posse sine personali actione, ut ferè à Pragmaticis receptum est: adeòque sustineri sine principali obligatione.

Hanc sententiam falsissimam esse alii demonstraverunt. Eâ tamen admissâ, falsum nihilominus est, hypothecam sine principali obligatione substineri: neque enim extincta est principalis obligatio, à qua sustineri possit. Ac verè etiam juxta eorum sententiam à principali obligatione sustineri constat, quia ipsi quoque fatentur, extinctâ per solutionem principali obligatione hypothecam intercidere, & extingui. 28

CAPUT XIII.

AD L. 1. ff. IN QUIBUS CAUS. *Pign. tac. contrahatur.*

SUMMARIUM.

1 *Privilegium exigendi, & prælatio in pignore quantùm differant.*
2 *Qui pecuniam mutuatur ad rem restituendam, vel emendam, in pari causa potior est aliis.*
3 *Privilegium ejus, qui mutuatur ad ædes restituendas, an extendatur ad eum, qui mutuatur ad restituendas naves.*
4 *Publicè interest naves non retineri.*
5 *Instrumenta rustica non possunt pignorari: nec arma militum.*
6 *Cur concessum privilegium mutuantibus ad ædes restituendas.*
7 *Privilegia ædificiorum numerantur.*
8 *Non eadem Romanis cura navium, & ædificiorum.*
9 *Mercatura à Romanis potius coercita, quàm privilegiis promota.*
10 *Mercatura Romanis perniciosa: & quare. n. 12. Mercatura quare utilis Reipublicæ.*
11 *Qua arte Romani Civitatem augerent.*
12 *Præmia à Romanis proposita mercatoribus: & quare. n. 13.*
14 *Quantâ curâ annonæ providerint Romani. & n. 15. & 16.*
17 *De frumentatione pauca delibata.*

SEnatusconsulto, quod factum est Marco imperante, tribuitur jus taciti pignoris illis, qui ad ædes restituendas pecuniam mutuantur. Hoc privilegium Pragmatici produxerunt ad omnes alios, qui in aliam rem quamlibet reficiendam, restituendamve pecuniam mutuantur. Non rectè, meo judicio. Duo sunt privilegia: jus exigendi, & jus taciti pignoris. Privilegium exigendi à Plinio in epistola ad Trajanum appellatur πρωτοπραξία, quasi dicas, *Jus, quo quis aliis creditoribus in exigendo præfertur.* Conceditur hoc solis creditoribus chirographariis:
1 & de hoc agitur in toto *tit. ff. de privilegiis creditorum*; quod est observandum, quia perperam Nostri abutuntur ejus tituli legibus, ut demonstrent qui sint potiores in pignore: qua de re ibi nusquam agitur, cùm de ea sit proprius titulus *qui pot. in pign. hab.* Jus taciti pignoris aliquando conceditur simul cum alio privilegio, quo creditor aliis creditoribus hypothecariis potior est in pignore. Animadvertendum autem est, quòd Veteres Jurisconsulti privilegium exigendi inter chirographarios facilè concedebant: itemque inter hypothecarios, ut alter altero potior esset: at verò ut, qui ex vi suæ obligationis, & natura sua chirographarius est, præferatur hypothecariis, ferè numquam concedebant; huic enim duo concedenda sunt, & jus taciti pignoris, quod rarò Veteres tribuebant, & jus prælationis in pignore, ut Nostri aïunt. Præterea, quia jus pignoris unusquisque potest suâ conventione sibi acquirere, neque indiget in hoc legis privilegio, neque æquum est, ut qui negligens fuit in pignoris obligatione sibi constituenda, præferatur his, qui eam expressè sibi constituërunt. *Arg. text. in l. pupillus ff. quæ in fraud. cred.* Rectè Varr. *de re rust. lib. 1. Dii facientes adjuvant.*

Hoc igitur ratum sit. In pari causa, qui pecuniam mutuatus est ad rem reficiendam, restituendam, emendam, præfertur aliis. Hoc 2
est, si de pignore sibi non caverit, cùm ipse sit chirographarius, præfertur chirographariis, cùm sint in pari causa *l. qui in navem 26. l. quod quis 34. ff. de reb. auct. Jud. aliàs, de privileg. creditor. l. si ventri 5. 1. ff. eod. l. creditor 25. ff. de reb. cred.* si verò pignus expressè sibi constituerit, cùm sit hypothecarius, præfertur aliis hypothecariis, cùm sint in pari causa: & ita sunt intelligendæ *ll. 5. & 6. ff. qui pot. in pig. hab. Auth. de æqual. dot. c. 3.* Et hoc demonstrare possem satis evidenter: sed hîc non libet hanc quæstionem penitùs examinare.

Solùm hîc quærimus de navi. Qui pecuniam credit ad restituendas ædes habet jus tacitæ hypothecæ *l. 1. ff. in quib. caus. pig. tac. contrah.* & quidem ita, ut aliis sit potior *l. 5. & 6. ff. qui pot. in pig. hab.* Videtur id constitutum publicæ utilitatis causâ, ut infrà dicemus. Atqui multò major in Remp. 3
utilitas redundat ex navium, quam ex ædium ædificatione, propter mercaturam, cùm ad

summam Reip. pertineat exercitio navium *l. 1. §. licet 20. ff. de exercit. act.* Non potest igitur dubitari, quin privilegium dictæ legis primæ, si non ad alia, certè ad naves pertineat.

Dicam, quod multis videbitur fortassè παράδοξον. Ob id ipsum, non potest privilegium illud ad naves pertinere, quia navium exercitio ad summam Reip. pertinet. Observandum enim est, quod si naves tacitè pignori obligentur omnibus, qui vel ad naves fabricandas, vel reficiendas, vel armandas, vel emenda nautis cibaria pecuniam crediderunt, facilè eveniet, ut à creditoribus detineantur; atque ideò liberè navigare non poterunt commercii causâ, ac
4 maximum mercaturæ afferetur impedimentum. Constantinus Imperator tribus Constitutionibus vetuit naves alicubi retineri, aut ullo genere incommodi affici, quo minus progredi, & celeriter eò, quò cursum dirigunt, possint pervenire. Extant hæ tres Constitutiones in Codice Theodosiano in *tit. de navicul l. 4. 8. & 9.* quarum una tantum relata est in Codicem Justiniani sub eodem titulo. Rectè etiam Athenienses lege caverant, ut judicia mercatorum Athenis peragerentur à mense Boëdromione, ad Munychionem; hoc est sex illis mensibus, quibus navigari non potest, ne tempore ad navigandum opportuno judiciorum impedimentis distinerentur: teste Demosthene in *Orat.* πρὸς Ἀπατούριον. Et Xenophon omnium rerum peritissimus in *lib. de reditibus*, ait, Præfecto mercaturæ proponenda esse præmia, quicumque æquissimè, celerrimèque judicaverit, ne impediantur illi, qui navigare volunt, & ut plures, iique libentius negotientur. pertinet igitur ad mercaturæ utilitatem non impediri navigationem, nullaque de causa naves detineri, quod eveniret navibus pignori obligatis.

Exemplum peti potest ab agricultura. Pertinet ad summam Reip. ne agrorum cultura turbetur; nihil eâ conducibilius, & in privilegiis par est ædificiis *l. 1. ff. de tign. junct.* Quid autem in ea est constitutum? Tantum abest, ut aliquod jus tacitæ hypothecæ tribuatur ejus favore: quin potius instrumenta rustica, quibus opera rustica exercentur, prohibentur oppignerari, & in quadruplum condemnatur, quicumque ea jure pignoris 5
ausus fuerit auferre *l. executores 7. & l. seqq. cum Auth. agricultores C. quæ res pign.* Idemque dicendum est de armis militum, argum. text. in *l. qui commeatus §. 1. ff. de re milit. juncta l. 9. ff. de pignor*, rectè Diodor. Sic. *lib. 1. Biblioth.* μέμφονται δέ τινες οὐκ ἀλόγως τοῖς πλείστοις τῶν παρὰ τοῖς Ἕλλησι νομοθετῶν, οἵτινες ὅπλα μὲν, καὶ ἄροτρον, καὶ ἄλλα τῶν ἀναγκαιοτάτων ἐκώλυσαν ἐνέχυρα λαμβάνεσθαι πρὸς δάνειον, τοὺς δὲ τούτοις χρησομένους συνεχώρησαν ἀγωγίμους εἶναι. Quemadmodum igitur, ne pignoris causâ turbetur agrorum cultura, prohibentur obligari instrumenta, quibus ea exercetur: ita ne turbetur negotiatorum navigatio, potius interdicenda est obligatio navium, & armamentorum, quibus navigatio exercetur, quàm concedenda tacita hypotheca.

Sed hic non consistimus. Præterea animadvertendum est, alia de causa non posse deduci argumentum ab ædificiis ad naves de Jure Romanorum. Ei, qui pecuniam credidit ad restituendas ædes tributum est jus taciti pignoris ob publicam utilitatem, sed eam utilitatem, quæ respicit decorem, ornatumque, & magnificentiam Urbis, quod 6
navium ædificationi non convenit. Præsertim cùm Romani nulla de re tam accuratè caverint, quàm ne ruinis Urbis aspectus deformaretur, & incredibili diligentia Urbis decori, atque amplitudini providerint: quo factum est, ut universa Roma diceretur esse *miraculum*, teste Cassiodoro, eique

Par esset nihil, & nihil secundum. Mart.

Primum enim ab ipsis ferè Urbis nascentis, & legum incunabulis, in duodecim Tabulas relata est à Decemviris lex illa: *Ut ædificia in Urbe ita fierent, ut sestertius pes inter ædes vicinas ambitûs causâ relinqueretur.* Hinc 7
Romæ omnes ferè erant insulæ, raræ admodum domus. Item illa alia: *Tignum junctum ædibus ne solvito.* Voluerunt enim potius dominum, contra omnes Juris Regulas, suo tigno privari, quàm dirui ædificium, ac Urbem

Urbem ruinis deturpari *l. 1. ff. de tigno junc. l. gemma 6. ff. ad exhib. l. de eo 63. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. qui res suas 98. in fin. ff. de solut. l. 7. §. 7. ff. de acquir. rer. dom. §. cùm in suo Inst. tit. de rer. divis.* Quod privilegium nec navi, nec aliis rebus tributum est *l. gemma 6. ff. ad exh. l. in rem actio §. 5. & 6. ff. de rei vindic.* Plin. *lib. 35. cap. 14.* & Vitruvius *lib. 2. cap. 8.* meminerunt alterius legis, quâ cavebatur, ne parietes communes crassiores sesquipedalibus constituerentur. Augustus ad impediendos, ut ait Juvenalis, *lapsus Tectorum assiduos, & mille pericula sævæ Urbis*, vetuit, ne supra septuaginta pedes domus attollerentur, teste Strabone: & Nero etiam, teste Tacito, cohibuit altitudinem ædificiorum. Denique Trajanus modum ædificiis statuit, pedes sexaginta. Vespasiano imperante decretum est Senatusconsulto, ne marmora negotiandi causâ detraherentur ex ædibus, aut ædificia diruerentur, materiæ in aliam domum exportandæ causâ. Hoc Senatusconsultum ab Adriano Imperatore confirmatum est, ut refert Spartian. *in ejus vitâ.* Eo continebatur, ne ea, quæ ædibus juncta sunt, tollere negotiationis, aut commercii causâ liceret, neve vendere, emere, legare, pœnâ dupli constitutâ in eum, qui sustulisset, in ærarium inferenda. Factum est hoc Aviolâ, & Pansâ Coss. circa annum Nostræ Salutis 125. & confirmatum ab Alexandro Severo *in l. 2. C. de ædif. priv.* ejusque frequens mentio in Jure nostro, ut in *l Senatus 52. ff. de cont. empt.* in *l. cætera 41. §. sed ea 1. ff. de leg. 1.* in *l. ult. ff. de dam. inf.* in *l. Marcellus 45. ff. de don. int. vir. & ux.* in *l. fideicommissa 11 § si quis illicitè 14.* & in *l. nutu 21. §. ult. ff. de legat. 3.* Rursus Ulp. in *l. Præses 7. ff de off. Præsid. Præses Provinciæ inspectis ædificiis dominos eorum causâ cognitâ reficere ea compellat, & adversus detrectantem competenti remedio deformitati auxilium ferat.* Consonat text. in *l. ad curatoris 46. ff. de damn. inf.* Quid dicam de privilegio illo, quod concessit Philippus Imperator in *l. 4. C. de ædif. priv.* ut si unus ex sociis communem ædem restituisset, & alter intra quatuor menses partem sumptûs non restituisset cum usuris centesimis, pars ejus domûs accresceret ei, qui restituisset? Fuerat hoc & anteà à D. Marco constitutum *l. cum duobus, alias l. fratres. §. idem respondit 10. ff. pro soc.* à quo & jus taciti pignoris fuit concessum in *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* Simile est privilegium jam olim à Vespasiano concessum, de quo Sueton. *in ejus vitâ cap. 8. Vacuas arcas occupare, & ædificare, si possessores cessarent, cuicumque permisit.* Simile quid Adrianus etiam videtur edixisse, cujus Edicti mentio fit in *l. 5. C. de ædif priv.* Adeò nihil est tam alienum à Regulis Juris, quod ædium causâ non sit constitutum. Ac sanè præsagisse videtur Philippus: paucis enim diebus post legem latam, orto Romæ incendio, multa ædificia sunt consumpta, quibus restituendis multum contulit lex paulo ante lata. Plura non addo: hoc tantum dico, nulla ferè de re frequentius à Romanis cautum, quam de sartis tectis tuendis, ne ædificia essent cassa, ac ruinosa, qua in re posita est dignitas Urbis, & ornamentum, eoque pertinent textus in *l. 2. §. si quis 17.* & in *l. ult. ff. ne quid in loc. publ.* in *l. præscriptio C. de oper. publ.* in *l. Præses ff. de offic. Præsid.* & alibi passim. Inter hæc autem multa sunt contra Juris Regulas constituta, quæ si quis ad naves, & alia velit producere, totum Jus Civile pessumdabit.

Videamus igitur an apud Romanos simile quid fuerit de navibus constitutum. Ac certè non eam curam navium habuisse Romanos, quàm ædificiorum, conjecturâ assequi possumus, cùm ædificiis sartis tectis tuendis Magistratum præfecerint, Ædiles: navibus verò 8
custodiendis, aut negotiationi amplificandæ nullus præesset Magistratus. Sed conjecturis opus non est. Cùm tot legibus Urbis decori, & ædium reparationi provisum esset: nullâ lege consultum fuisse negotiationi, præsertim stante Republica, reperimus. Imò multis legibus mercimonia coërcebantur. Primùm Auctor est Livius *lib. 21. propè fin.* & Cic. *Verr. 7.* Q. Claudium Tribunum Plebis anno Urbis 535. P. Cornelio, & Ti. Sempronio Coss. legem tulisse: *Ne quis Sena-*

tor, quive Senatoris pater fuisset, maritimam navem, quæ plus quàm trecentarum amphorarum esset, haberet. Id satis habitum ad fructus ex agris vectandos: quæstus omnis Patribus indecorus visus est. Fuit hoc posteà à Julio Cæsare Dictatore confirmatum lege Juliâ repetundarum *l.* 3. *ff. de vacat. & excus.* Thebani quoque ad munera publica accedere prohibebantur, nisi decem annis destitissent à mercimoniis exercendis, ut refert Arist. *lib.* 3. *Polit. c.* 5. Longiùs etiam progressi sunt Romani, cùm nobiles omnes negotiationem exercere prohiberentur *l. nobiliores* 3. *C. de commerc. & mercat.* Rectè Cic. *de offic. Mercatura, si tenuis est, sordida putanda est: si magna, & copiosa, multa undique apportans, multisque sine vanitate impertiens, non est admodum vituperanda: atque etiam si satiata quæstu, vel contenta potius, ut sæpè ex alto in portum ex portu ipso se in agros possessionesque contulerit, videtur jure optimo posse laudari.* Imò aliquando ipsi mercatores in pœnam negotiatione abstinere cogebantur, cùm tamen nemo ad exercendam negotiationem cogi posset *l.* 9. §. *sunt autem. & alia; cum* §. *seq. ff. de pœn.* licet plerumque id fieri non debeat *l. illicitas* 6. §. *neque ff. de offic. Præsid. l.* 2. *ff. de jur. patron.* Pantapolis interdictum, ne Romæ essent. Id postmodum eis concessum est Valentiniani novellâ Constitutione circa annum Salutis Nostræ 440. *Pantapolæ* sunt negotiatores, qui omnia vendunt: & locus, ubi vendunt, *Pantapolion* appellatur, ut ait Pollux *lib.* 7. *cap.* 3. Præterea prohibebantur Romani mercaturæ causâ ultra Nisibin, Callinicum, & Artaxatam proficisci *l.* 4. *C. de comm. & merc.* & pœna proscri;tionis bonorum, & perennis exilii constituitur, si contra fecerint *l. ult. C. eod.* Interdictum etiam erat mercatoribus, ne mercimonii causâ Barbaris aurum præberent. *l.* 2. *C. eod.*

Sed quorsum hæc? Nimirum perniciosum erat Romanæ Reip. mercimonium, non utile, præsertim in illa vetere disciplina. Videbitur hoc inauditum; sed certè perniciosum Urbibus mercimonium dicitur in *l. nobiliores* 3. *C. de commer. & merc.* Causam ego deinceps aperiam. Est utilis civitatibus multis de causis negotiatio. Primùm eam comparandis Regum amicitiis, & conciliandis Barbarorum animis utilem esse testatur Plutarchus. Præterea publica vectigalia mirum in modum auget, & Reip. proventus, & quo plures in Urbem confluunt mercatores, πλεῖον μισθοφοροῖτο, καὶ τελεσφοροῖτο: *plus mercedis, ac tributi redigitur*, ut ait eleganter Xenophon *in lib. de redit. in princ.* Denique hac de causa, & omnium rerum copiâ, & opum affluentiâ, & hominum multitudine florent civitates. Apud Diod. Sicul. *lib.* 11. *Biblioth.* Themistocles ἔπεισε τὸν δῆμον καθ' ἕκαστον ἐνιαυτὸν πρὸς ταῖς ὑπαρχούσαις ναυσὶν, εἴκοσι τριήρεις προσκατασκευάζειν, καὶ τοὺς μετοίκους, καὶ τοὺς τεχνίτας ἀτελεῖς ποιῆσαι, ὅπως ὄχλος πολὺς εἰς τὴν πόλιν πανταχόθεν κατέλθῃ, καὶ πλείους τέχνας κατασκευάσωσιν εὐχερῶς· ἀμφότερα γὰρ ταῦτα χρησιμώτατα πρὸς ναυτικῶν δυνάμεων κατασκευὰς ὑπάρχειν ἔκρινεν. *Persuasit etiam Populo, ut præter naves, quas haberent, viginti triremes quotannis ædificarent, ut inquilinos, & artifices immunitate donarent, ut & magna undequaque multitudo in Urbem conflueret, & magnam artificiorum varietatem facilè compararent; utrumque enim ad augendam, constituendamque in mari potentiam uti ississimum judicabat.* Et quidem Athenis immunitas mercatoribus erat tributa. Interp. Aristoph. in Pluto: τινὲς τῶν πολιτῶν, ἵνα χρημάτων ἣν εἰσφορὰν πρὸς τὴν πόλιν, τὴν ἐμπορίαν ἐπισφραγίζονται, τὴν εἰσφορὰν βουλόμενοι φυγεῖν. Ἀζήμιοι γὰρ οὗτοι διεφυλάττοντο (ὥς φησιν Εὐφρόνιος) ὡς τὴν πόλιν ὠφελοῦντες πλεῖστα διὰ τῆς αὐτῶν ἐμπορίας. *Ex civibus quidam cùm facultatum suarum Civitati tributum pendere deberent, ut illud vitarent, negotiationem suam causabantur. Immunitate enim gaudebant mercatores, quippe qui suâ negotiatione plurimùm Civitati prodessent.*

Verumtamen hæc ad Romanos non pertinent, qui alia via aggressi sunt. Ipsi tùm benignitate, tùm metu, tùm potentia Barbaros continere: victoriis, præ lâ, triumphis, vectigalibus, & tributis devictarum Gentium opes Civitatis amplificare: augere Populi frequentiam, & Nationes omnes allicere

splendore Urbis, ludorum, & spectaculorum magnificentiâ, frumentatione, manu-
11 missionibus. An verò ulla alia ratio adsciscendæ multitudinis à Romanis erat exquirenda, à quibus ad exhauriendam Civitatem supra centum & sexaginta coloniæ deductæ in solam Italiam numerantur, cùm, quasi superfluentem sanguinem, multitudinem emittere cogerentur? Quicumque inquirere voluerit in census habitos Luculli, Augusti, Claudii temporibus, certè non desiderabit negotiationem ad augendam Populi frequentiam. Juv. *Jampridem Syrus in Tyberim defluxit Orontes.* Nec mercatorum industriam requiret ad opes Civitatis amplificandas, quicumque noverit civium Romanorum opulentiam ferè incredibilem. Nota est illa vox Crassi negantis divitem esse, qui exercitum suis fructibus alere non posset. Latissimè patet hic campus. Ego non progrediar longius. Hoc tantum moneo ex Olympiodoro apud Photium. Rebus Romanis jam afflictis sub Honorio, & Arcadio multas domus Romanorum annui redditus coëgisse quatuor millia auri pondo ex possessionibus, ac tertiam præterea partem ex tritico, vino, & aliis rebus redigere potuisse, si vendidissent.

Quid potuit tantis opibus addere negotiatio? imò verò multum detrahebat, qua de causa perniciosa habebatur. Luculentissimus testis esto Plinius, qui *lib.* 12. *c.* 18. queri-
12 tur, annis omnibus ab India, atque Arabia millies sestertiûm Imperio Romano adimi. Idem *l.* 6. *c.* 23. *Indigna res, nullo anno imperii nostri minus sestertiûm quingenties exhauriente India, & merces remittente, quæ apud nos centuplicato veneant.* Immensa propemodum est hæc summa in res Indicas consumpta: conficit enim nostrorum aureorum centum & viginti quinque milliones. Incredibilis planè res; itaque puto Romæ venditas fuisse quingenties, non in India, hoc est aureis nostris 12500. Adde jam merces ex Arabia advectas, advectas ex tot aliis Provinciis, ex quibus quicquid erat eximium Romam advehebatur. Præclarè Sidon. Apollin. *Carm.* 5.

—— tum quæque suos Provincia fructus
Exposuit, fert Indus ebur, Chaldæus amomum,
Assyrius gemmas, Ser vellera, thura Sabæus,
Atthis mel, Phœnix palmas, Lacedæmon olivum,
Argos equos, Epirus equas, pecuaria Gallus,
Arma Chalybs, frumenta Libes, Campanus Jacchum,
Aurum Lydus, Arabs guttam, Panchaïa myrrham,
Pontus castorea, blattam Syrus, æra Corinthus.

Hæc omnia auro, atque argento commutabantur: Româ enim nihil asportabatur ad exteros, unde possent merces eum mercibus commutare. Atheniensibus proderat negotiatio, quia, ut ait Xenophon, maxima rerum erat ad exportandum copia. Romanis nocebat, quia Cives auro, atque argento emungebat. Hinc ab Imperatoribus prohibitum est aurum Barbaris præberi in *l.* 2. *C. de com. & merc.* Quod & multo ante fuerat constitutum. Cic. *pro L. Flacco. Exportari aurum non oportere, tùm sæpè ante Senatus, tùm me Consule gravissimè judicavit.* Quid? quod ea luxum invexit, pestem virtutum, perniciem Reipubl. excidium Imperii. Juven.

—— Sævior armis
Luxuria incubuit, victumque ulciscitur Orbem.

Incubuit post domitam Asiam, unde omnes deliciæ in Urbem confluebant, & Imperium, quod æternum forè videbatur enervavit, dissipavit, evertit. Itaque benè, ac sapienter veteres Romani negotiationem privilegiis non fovebant, quem morem posteri etiam diu retinuerunt.

Enim verò non ignoro, multa tùm in Jure nostro, tum apud Veteres rerum gestarum Scriptores reperiri in favorem mercatorum constituta. Legimus apud Suetonium *in* 13
Claudio c. 18. *&* 19. *proposuisse fabricantibus*

naves mercaturæ causâ magna commoda, magna lucra negotiatoribus, suscepto in se damno, si cui quid per tempestates accidisset. Legimus in Tacito *Ann. lib.* 13. à Nerone constitutum, ne censibus negotiatorum naves adscriberentur, tributumque pro illis penderetur. Apud Lampridium *in vita Alexandri Imperatoris*, ab eo concessam negotiatoribus immunitatem. Ulpian. in *l.* 1. §. *licet* 20. *ff de exercit. action. Ideò autem ex voluntate in solidum tenentur, quia ad summam Remp. navium exercitio pertinet.* Cætera omitto, mox enim referemus opportuniùs.

Verùmtamen animadvertendum est, hæc omnia referenda esse ad negotiatores frumentarios, qui suis navibus, industriâ, vigiliis, Urbis annonæ providebant. Magna, ac certa lucra proposuit Claudius negotiato-
14 ribus: nimirum quia: *Cum in summa annonæ caritate à turba detentus in foro, conviciisque, ac simul fragminibus panis ita infratus esset, ut ægrè, ac nisi postico posset evadere, nihil non ex eo cogitavit ad invehendos etiam in tempore hyberno commeatus.* Idem Claudius tribuit Civitatem Romanam ei, qui navem fabricasset capacem decem millium modiorum frumenti, & Romam sex annis frumentum portasset, ut refert Ulpianus noster in fragmentis *Inst. tit.* 3. *de Latinis.* Hùc etiam pertinet *l.* 3. §. *Senatusc. ff. de inc. ruin naufrag.*

Nero negotiatores immunitate donavit. Ad quos pertineat hoc privilegium nos docet Scævola in *l.* 3. *ff. de vacat. & exc. His, qui naves marinas fabricaverunt, & ad annonam Populi Romani præbuerunt, non minores quinquaginta millium modiorum, aut plures singulas non minores decem millium mo-
15 diorum, donec hæ naves navigant, aut aliæ in earum locum, muneris publici vacatio præstatur ob navem.* Possunt hæc referri ad Marcum Antoninum, qui Scævola valdè usus est, & rei frumentariæ graviter providit: sed non sine causa quis hæc ad Neronem referat, nam Marcus *magis Jus vetus restituit, quàm novum fecit.* Capitol. *in ejus vit.* Ut ut sit, constat Neronis privilegium ad negotiatores frumentarios solummodò pertinere. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Temperata apud transmarinas Provincias frumenti subvectio: & ne censibus negotiatorum naves adscriberentur, tributumque pro illis penderent, constitutum.* Hujus constitutionis occasionem petere possumus à Sueton. *in Nerone c.* 45. *Ex annonæ quoque caritate luctantium accrevit invidia. Nam & forte accidit, ut in publica fame Alexandrina navis nuntiaretur pulverem luctatoribus aulicis advexisse. Quare omnium in se odio concitato, nihil contumeliarum defuit, quin subiret.* Aurelianus quoque Imperator apud Vopisc. ita gloriatur. *Inter cætera, quibus Diis faventibus Romanam Remp. juvimus, nihil mihi est magnificentius, quam quod additamento unicæ omne annonarum urbicarum genus juvi; quod ut esset perpetuum, navicularios Niliacos apud Ægyptum novos, & Romæ amnicos posui, Tiberinas extruxi ripas.*

Eodem referenda est etiam immunitas concessa negotiatoribus ab Alexandro Severo. Lamprid. *in ejus vita. Commeatum Populi Romani sic adjuvit, ut cùm frumenta Heliogabalus evertisset, vicem de propria pecunia loco suo reponeret. Negotiatoribus, ut Romam volentes concurrerent, maximam immunitatem dedit.* Rectè hunc locum interpretari possumus ex Callistrato, qui sub hoc Imperatore floruit. Hic in *l.* 5. §. *negotiatores ff.* 16
de jure immun. Negotiatores, qui annonam Urbis adjuvant, item navicularii, qui annonæ Urbis serviunt, immunitatem à muneribus publicis consequuntur, quamdiu in hujusmodi actu sunt. Et Paulus cujus consilio Alexander utebatur *in l.* 9. §. *ult. ff. de vacat. Paulus respondit, privilegium frumentariis negotiatoribus concessum etiam ad honores excusandos pertinere.* Quamobrem dubitandum non est, eodem pertinere *l.* 1. §. *licet* 20. *ff. de exercit. act.* quæ est Ulpiani, cujus etiam consilio utebatur Alexander Imperator. Habebant quoque navicularii corpus, quod immunitate gaudebat *l.* 1. *ff. quod cujusque univers.* sed ut immunitate gauderent, aut navigare debebant, aut majorem substantiæ partem ad subvehendam annonam in mercatura habere *l. semper* 5. §. *licet* 6. *ff. de jur.*

immun. Quo referenda etiam est *l. Severus 9. §. 1. ff. de Decur.* ubi navicularii Decuriones fieri prohibentur.

Eadem immunitas ab omnibus oneribus, & muneribus tributa est naviculariis à Constantino Imperatore in *l. 5. 7. & toto tit. Cod. Theod. de navic.* sed & hæc ad juvandam annonam Urbis Constantinopolitanæ, quam quadriennio antè ædificaverat, ac dedicaverat, videntur constituta *l. pro commoditate 7. & l. provideatur 28. Cod. Theod. de navicular.*

Ex his constat, privilegia omnia negotiatoribus concessa ad rem frumentariam pertinere. Sed quorsum tanta frumenri advehendi cura? Nimirum Romanus ager alendæ tantæ mulritudini impar erat, & ad sedandam famem frumentum ex Sardinia, Sicilia, Africa, Hispania advehendum. Tacit. *lib. 12. Annal. Nec nunc infœcunditate labo-*
17 *ratur, sed Africam potius, & Ægyptum exercemus, navibusque, & casibus vita Populi Romani permissa est.* Plin. *in Paneg. Percrebuerat antiquitus, Urbem nostram, nisi opibus Ægypti ali, sustentarique non posse.* Cœpit & Populo distribui frumentum ab Ædilibus primùm pretio minimo, mox etiam gratis. Manius Marcius Ædilis primus frumentum assibus in modios Plebi divisit: ut refert Plin. *lib. 18.* C. Gracchus semisse & triente. Clodius legem annonariam tulit, ut frumentum gratis populo daretur. Nec parva ea summa. Impensa in eam rem Catonis tempore, ut refert Plutarchus, mille ducenta, & quinquaginta talenta. Julius Cæsar captâ Africâ viginti myriades medimnorum Plebi alendæ Romam intulit: sunt duodecies centena millia modiûm. Modius pendebat supra viginti libras, plus minus viginti quinque. Refert P. Victor, Augustum ex Ægypto annua ducenties centena millia modiûm advexisse. Duplum ex Africa advehebatur, ut refert Josephus. Non assentior Lipsio, qui summam minuendam putat. Licèt enim ea summa Populo non distribueretur, tamen curandum erat, ne & reliqua multitudo fame premeretur, & frumento indigeret. Severus reliquit canonem frumentarium septem annorum, ita ut quotidiana septuagena quina millia modiûm expendi possent. Hoc in septem annos ali commodè poterant sexcenta millia hominum. Justiniano nostro imperante ex Ægypto Constantinopolin advehebantur octogies centena millia modiorum. *Edict. Justin. 13. cap. 8.* Tanta autem erat hujus frumentationis cura, ut Augustus tridui frumento in horreis viso, statuerit veneno mori, si è Provinciis interea classes non venissent. Consule *l. un. C. de Nili agger. l. 1. & 2. C. de nav. non excus. l. un. C. ne quid on. publ. l. provideatur 28. C. Theod. de navic. l. 4. 8. & 9. C. eod.*

CAPUT XIV.

AD L. QUOD PUPILLUS *ff. de cond. ind. & l. pupillus ff. de oblig.*

SUMMARIUM.

1 *Pupillaris ætas in tres distincta.*
2 *Pupillus pubertati proximus naturaliter obligatur. & n. 4.*
3 *Etiam hic quoad aliquos actus nullum animi judicium habere dicitur.*
5. 6. *Naturalis obligationis effectus.*
7 *Quos effectus pariat in personam pupilli.*
8 *Novatio facta à pupillo, quando valeat? & n. 9.*
10 *Obligatio naturalis pupilli in aliorum persona omnes parit effectus.*
11 *Explicantur* l. pupillus ff. de obl. & act. l. quod pupillus ff de cond. indeb.
12 *Novatio à pupillo facta valet in persona debitoris, & crediteris, secus in persona pupilli.*
13 *Quæ non habent effectum, nulla dicuntur in Jure nostro.*
14 *Impedimentum extrinsecum tollit effectum, non destruit substantiam.*
15 *Quando pupillus solvens repetere non possit.*

PUpillus aut est infans, aut infantiæ pro-
ximus: in tres enim partes dividitur ætas 1
pupillaris. Infans est minor septem annis *l. si infanti C. de jur. delib. l. 1. §. sufficit. ff. de admin. tut.* Infantiæ proximus à proximo pubertate distinguitur non tam ætate, quàm ingenio, calliditate, malitiâ. Certissimo argumento esse potest, quod Veteres in his distinguendis numquam ætatis, semper in-

tellectûs, & malitiæ meminerunt, & pupillos, non infantes, alios habere intellectum dixerunt, alios non habere: item aut esse doli ac delicti capaces, aut non esse *l. pupillum* 111. *ff. de Reg. Jur.* §. *sed quod diximus Instit. tit. de inutil. stip. l. excipiuntur ff. ad S. C. Silan. l.* 1. §. *an in pupillum ff. depos.* Quoniam verò ingenii vis in aliis citius, in aliis serius perficitur: idcircò à Veteribus nulla certa ætas est definita. Quamobrem existimaverim verosimillimam esse sententiam eorum, qui putant id totum arbitrio Judicis committendum *l.* 1. §. *ult. ff. de jur. delib.*

Pupillus pubertati proximus cùm intelligat id quod agit, fit doli capax, ex delicto obligetur, ut constat ex modò laudatis legibus, utique & ex conventione sua poterit obligari sine tutoris auctoritate, non quidem civiliter *l. obligari* 9. *ff. de auctor. tut. princ. tit. Instit. eod.* nisi quatenùs factus fuerit locupletior *l.* 1. *in princ. l.* 5. *in princ. ff. de auctor. tut. l.* 1. §. *an in pupillum ff. depos. l.* 3. §. *pupillus. l. si pupilli* 6. *in princ. l. Nesennius* 34. *ff. de negot. gest.* sed naturaliter. Naturalis enim obligatio æquitatis vinculo sustinetur *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de solut.* æquitas autem naturalis pacta servari suadet *l.* 1. *ff. de pact. l.* 1. *ff. de const. pecun.* Hujusmodi pupillus, & intelligit, id quod agit, & id agit, ut obligetur: naturâ igitur æquum est eum obligari: nec Jus Civile tollit naturales obligationes *l. eas obligationes* 8. *in fin. ff. de cap. min. l. ubi pugnantia* 188. §. 1. *ff. de Reg. Jur.* §. *sed naturalia Inst. tit. de Jure Nat.*

Porro sunt quidam actus, qui non solùm intellectum, sed stabilis, & constantis judicii maturitatem requirunt. Quoad hos actus etiam pupillus proximus pubertati nullum
3 judicium habere dicitur, quia ejusmodi judicium non habet, cujusmodi requiritur in his actibus celebrandis: ut cùm agitur de condendo testamentum §. 1. *Instit. tit. quib. non est permiss. fac. test.* de judicando *l. cùm Prætor* §. *non autem ff. de judic.* de deferendo reos falsam monetam cudentes *l.* 1. *C. de fals. monet.* de sustinenda persona procuratoris §. *justa Inst. tit. quib. ex caus. man. non lic. l. si collectaneum* 13. *ff. de manum. vind.*

Caret igitur pupillus etiam pubertati proximus eo judicio, quod desideratur ad celebrandos hos actus: non caret eâ intelligen- 4
tia, quæ requiritur, ut intelligat id quod agit in contrahendo, vel in delinquendo, & quæ desideratur ut naturaliter obligetur. Itaque eum naturaliter obligari constat ex *l. hoc jure* 19. §. *si quis servo ff. de donat. l. ult. in princ. ff. de jurejur. l. cùm illud* 25. §. 1. *ff. quan. dies leg. ced. l. si ejus pupilli* 64. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. si pupillus* 21. *in princ. ff. ad L. Falcid. l.* 1. *in fin. ff. de novat. l. Stichum* 95. § *aditio ff. de solut. l. si pupillus* 127. *ff. de V. O. junctâ l. fidejussor. in princ. & in* §. *fidejussor ff. de fidejuss.*

Contrarium tamen disertè traditum est in *l. pupillus ff. de oblig. & action. in l. quod pupillus ff. de condict. indeb.* quæ torserunt in-
genia omnium Interpretum. Ego verissimam 5
esse puto interpretationem Donelli in *l. si pupillus* 127. *ff. de V. O.* quam confirmare conabor, eademque opera vim naturalis obligationis à pupillo contractæ luculentius, quàm hactenus alii præstiterint, explicare.

Vis naturalis obligationis spectatur in effectis, quæ non repugnante, imo permittente, & approbante Jure Civili, ab ea promanant. Effectus naturalis obligationis sunt partim per accessionem, partim prin-
cipales. Per accessionem, veluti quod ei 6
obligationi potest accedere fidejussor *l. stipulatus* 6. *in fin. l. fidejussor* 16. § *fidejussor. ff. de fidejuss.* §. 1. *Instit. tit. de fidejuss.* quod potest accedere pignus *l. res hypotheca* 5. *ff. de pignor.* quod naturale debitum potest constitui *l.* 1. §. *debitum ff. de constit. pecun.* quod hæc obligatio potest novari *l.* 1. *in princ. ff. de novat.* & quod novatio fit, etiamsi civilis obligatio in naturalem obligationem transfundatur *d. l.* 1. §. 1.

Effectus principales sunt ferè duo, compensatio, & retentio. Naturale debitum etiam cum civili potest compensari *l. etiam* 6. *ff. de compens.* Potest etiam retineri à na-

turali creditore, si ad eum pervenerit id, quod ipsi naturaliter debebatur. Itaque si ei solutum fuerit, ab eo repeti non potest, nec cogi ad restituendum *l. naturales.* 10. *ff. de oblig. & act. l. naturaliter* 13. *l. si pœna* 19. *l. si non sortem §. libertus ff. de condict. indeb.* Item si creditor succedat debitori, retinere potest quod sibi naturaliter debebatur *l. Stichum §. aditio ff. de solut.* Transit enim etiam obligatio naturalis in hæredem, & ab hærede in fideicommissarium *l. quamvis* 40. *in princ. ff. ad S. C. Trebell.* & si debitor solverit hæredi creditoris, hæres hoc quoque tenetur restituere fideicommissario *l. si hæredi* 47. *ff. eod.* Quod si Falcidia detrahenda sit, sicut hæres deducere potest id, quod sibi civiliter debebatur *l. in imponenda C. ad. Leg. Falc. l. qui fundum* 87. *§. si quis hæredem ff. eod.* ita deducere potest, ac retinere id, quod naturaliter ei debebatur *d. l. Stichum §. aditio.*

Verumtamen non omnium obligationum
7 naturalium eadem vis est. Quantum attinet ad pupilli obligationem, de ea ita habendum. Aut obligatio pupilli consideratur in persona ipsius pupilli, aut in persona aliorum. Quoad personam pupilli, non immeritò nulla dicitur, quia contra pupillum nullam vim habet. Quid ita? quia contracta est sine tutoris auctoritate, sine qua pupillus conditionem suam deteriorem facere non potest. *princ. tit. Instit. de auctor. tut.* hæc certissima Juris Civilis regula vim omnem naturalis obligationis enervat, cùm ea exerceri debet contra ipsum pupillum. Itaque si pupillus solvat id, quod debet, sine tutoris auctoritate, repetere potest, *l. quod pupillus ff. de condict. indeb.* non quia id naturaliter non debeatur, sed quia persona pupilli, ejusque privilegium facit locum repetitioni *l. interdum ff. eod.* Quod si ea obligatio in alium transferatur, veluti in hæredem ipsius pupilli, & hic solverit, repetere non poterit *l. si ejus pupilli. in princ. ff. ad S. C. Trebell.* Retentionem quoque, quam non parit hæc obligatio vivente pupillo, parit eo mortuo *l. Stichum §. aditio ff. de solution.* Ergò naturalis obligatio pupilli nullam vim habet adversus pupillum, non quia ipsa sit hebes, & infirma per se & nulla; sed quia impenetrabilis est persona pupilli, & auctoritate Juris Civilis defensa. Atque eadem ratione, nec compensatio admittetur in persona pupilli, nam & ipsa quædam species est retentionis, ipsa quoque pupillo noceret.

Idem ferè constitutum est in novatione. Docet nos Justinianus pupillum sine tutoris auctoritate stipulari posse, promittere autem non posse. *princ. tit. Instit. de auctor. tutor.* In novatione contrarium est constitutum. Fit novatio promittente pupillo: non fit novatio pupillo stipulante. Nihil enim nocet 8
pupillo novatio cùm promittit; quia ipse naturaliter solum obligatur; quæ obligatio pupillum non lædit, ut diximus. Habet suum effectum hæc obligatio naturalis, per eam enim sustinetur novatio *l. 1. in fin. ff. de novation.* Nocet etiam hæc obligatio: non tamen personæ pupilli, sed personæ creditoris, qui rem amittit: prior enim debitor liberatur, & pupillus, in quem transfunditur obligatio prioris debitoris, est omninò immunis *§. præterea Instit. tit. quib. mod. toll. oblig.* Idem dicendum si pupillus promittat, ut novet suam obligationem: ipse liberabitur à priori obligatione civili & efficaci, & tenebitur solum obligatione naturali, quæ quoad ejus personam erit inutilis, & nulla *l. 1. in fin. ff. de novat.* Utroque igitur casu valet novatio promittente pupillo: primò quia novatio pupillo non nocet: secundò quia prodest. Meliorem autem conditionem suam facere potest pupillus sine tutoris auctoritate *princ. tit. Inst. de auctor. tutor.*

Contrà verò si pupillus stipuletur, non fiet novatio. Et hoc est quod traditur à Paulo in *l. novare* 10. *§. 1. ff. de novat. Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare; tutor potest, si hoc pupillo expediat.* Novat enim 9
qui stipulatur. Is potest novare, cui rectè solvitur *l. cui rectè ff. de novat.* Pupillo non rectè solvitur, & ideò novare non potest. *l. pupillo* 15. *ff. de solution.* Nocet enim novatio pupillo, quia liberat debitorem ab obligatione, & obligationem à se alienat,

quam alienare non poteſt *d. l. pupillo*, etiamſi ei ſoluta ſit pecunia debita §. *nunc admonendi Inſtit. tit. quib. alien. lic. vel non.* Quamvis enim loco debitoris liberati alium debitorem accipiat, qui fortaſsè poteſt eſſe magis idoneus, ac propterea poſſit expedire pupillo novatio *d. l. pupillo*: tamen quatenus liberat priorem debitorem, novatio ei nocet, & ideò eſt irrita. Eſt enim hoc damnum certum, utilitas autem incerta, quam expendere pupilli non eſt. Itaque quod ſibi à Titio debetur, non poteſt pupillus à Cajo ſtipulari novationis cauſâ, ut Titium dimittat. Sed nec delegare poteſt debitorem ſuum creditori *d. l. pupillo.* Quia delegando eum dimittit, & alienat obligationem. Alium tamen, qui debitor non eſſet, & pro pupillo promitteret animo donandi, poteſt delegare, quia hæc delegatio non poſſet nocere pupillo, nec quicquam alienaret.

Ex his conſtat, naturalem obligationem pupilli in ejus perſona conſideratam nullam vim habere. Quod ſi conſideretur in perſona aliorùm, tunc omnes vires ſuas exerit, neque enim ipſam infringit perſonæ conditio.
10 Ideò parit omnes effectus per acceſſionem, qui ad aliorum perſonam referri ſolent. Si pupillus promittat novationis cauſâ, contingit novatio, ut diximus, & prior debitor liberatur *l. 1. in fin. ff. de novat.* §. *præterea Inſtit. tit. quib. mod. toll. oblig.* ſi pro pupillo quis fidejuſſerit, tenetur fidejuſſor *l. ſi pupillus 127. ff. de fidejuſſ.* Quod de fidejuſſore traditum eſt, obtinere in pignore, ſiquidem non ipſe pupillus, ſed alius ejus nomine rem ſuam pignori dederit, ambigendum non eſt *l. res hypothecæ 5. ff. de pignor. l. etſi is 9. C. de præd. minor.* Item quod de novatione diximus, idem de obligatione conſtitutæ pecuniæ dicendum eſt, ſi quis conſtituat, ſe ſoluturum quod à pupillo debetur *l. 1. §. debitum ff. de conſtit. pecun.* Effectus quoque principales habet in perſona aliorum, ſiquidem ad eos tranſlata ſit obligatio pupilli, ut paulò ante diximus: neque enim tunc quicquam ei obſtat, quominus omnem vim ſuam exerat naturalis obligatio. Semotâ enim pupilli perſonâ nihil eſt ei impedimento, quominus ſe explicet, & vires omnes effundat.

His probè conſtitutis, quæ veriſſima ſunt, mirari non debemus, ſi Veteres conſiderantes hanc obligationem quoad perſonam pupilli, ſtatuerunt eam nullam eſſe, pupillum nec naturâ debere, nec Naturali Jure 11
obligatum eſſe, *l. pupillus ff. de oblig. & action. l. quod pupillus ff. de condict. indeb.* Quid enim debet pupillus, aut quorſum eſt obligatus, ſi adversùs illum nullam vim habet obligatio? Obligationum ſubſtantia in eo conſiſtit, ut nos obſtringat ad dandum, vel faciendum *l. obligationum ſubſtantia ff. de oblig. & action.* Majori neceſſitate nos obſtringit obligatio civilis, minori naturalis. Utraque tamen vinculum eſt *l. Sticum 95. §. aditio ff. de ſolution. princ. tit. Inſtit. de obligat.* Atqui in perſona pupilli nullum eſt ejuſmodi vinculum, quod habeat ullam vim ejus adſtringendi, aut habeat ullum effectum: vim enim omnem retundit Jus Civile, & omnem effectum tollit.

Hinc rectè Juſtinianus noſter in §. *præterea Inſtit. tit. quib. mod. toll. oblig. Si id quod tu* 12
Titio debes, à pupillo ſtipulatum fuerit ſine tutoris auctoritate, res amittitur, nam & prior debitor liberatur, & poſterior obligatio nulla eſt. Videtur hoc planè abſurdum. Si poſterior obligatio nulla eſt, non poteſt liberari prior debitor: non poteſt enim tolli prior obligatio niſi nova naſcatur *d. §. præterea, & l. 1. in princ. ff. de novation.* Nec poteſt dici nulla obligatio, per quam fit novatio, per quam contingit liberatio debitoris, præſertim quia non alia de cauſa fuit inſtituta: habet igitur effectum, quem voluerunt contrahentes, qui novandi animo contraxerunt. Videtur igitur pugnantia loqui Imperator noſter. Eſtne hoc ita? minimè verò. Eadem ratione qua J. C. in *l. pupillus ff. de oblig. & action. & in l. quod pupillus ff. de condict. ind.* dixerunt pupillum nec natura debere, nec naturaliter obligari, dixit & Imperator pupilli nullam eſſe obligationem. Nimirum quando conſideravit perſonam creditoris, qui rem amittit, perſonam debitoris, qui liberatur, agnovit vim

vim naturalis obligationis: sed quando consideravit personam pupilli, dixit nullam esse obligationem, cùm enim ea vim suam exercere non possit adversus pupillum, creditor rem amittit, à pupillo nihil sperare potest.

Neque novum est, obligationem nullam dici, considerato impedimento, quod ipsi resistit, licèt per se ipsa subsistat, & naturâ suâ sit efficax. Obligatio merè civilis dicitur
13 efficax in §. *prætereà Instit. tit. de exception.* eadem dicitur nulla in *l. si dari* 25. *ff. de V. O.* Nimirum Imperator in *d.* §. *prætereà* consideravit actionem, quam parit hæc obligatio. Pomponius contrà in *l. si dari* consideravit exceptionem, qua elidiitur, & infringitur actio. Obligatio in diem statim nascitur, & in diem differtur solutio *l. centesimis* 46. *ff. de V. O.* §. *omnis Inst. eod. l. cedere diem ff. de V. S.* dicitur tamen nasci ex die *l. obligationum ferè* §. 1. *ff. de oblig. & act.* & non dicitur deberi statim, sed post diem, & futura dicitur obligatio *l. eum qui Calendis* §. 1. *l. si stipulatus* 76. §. 1. *ff. de V. O. l.* 1. §. 1. *l. si in annos ff. de cond. & demonst.* Quid ita? quia licet statim debeatur, statim nata sit obligatio, tamen impeditur effectus exactionis *l. nihil peti ff. de Reg. Jur. l. centesimis ff. de V. O.* Est & cognatio servilis, quæ in nuptiis consideratur §. *illud certum, Instit. tit. de nupt. princ. tit. Instit. de servil. cognat.* quia tamen nullus est ejus effectus in servitute, ideò nulla cognatio in servis esse dicitur *l.* 1. §. 2. *ff. unde cogn. l. ult.* §. *non parcimus ff. de gradib. & affin.*

Illud tamen doctis quibusdam Viris absurdum videtur, quod obligatio naturalis consistat in persona pupilli, eaque sit sine effectu, cùm positâ causâ effectus necessariò consequatur, eoque deficiente ipsa quoque causa deficiat.

Sed nullius momenti est hujusmodi argumentum: hæc enim vera sunt solummodò, cùm effectus deficit propter impedimentum, ac vitium intrinsecum causæ: videlicèt cùm causa ipsa per se non est idonea ad producendum effectum. Cæterum cùm causa non producit effectum propter impedimentum extrinsecus obveniens, potest esse causa sine effectu. Homo dormiens, homo delirus, 14
aut furiosus, non eò minus est animal rationale, quod in eo ratio sit sine effectu. Gladius non eò minus est acutus, & per se aptus ad feriendum, quod vagina sit inclusus. Remove vaginam, & experire. Si novaculam impingas adamanti, non cædet; hoc fit adamantis duritie, non novaculæ hebetudine. Remove personam pupilli, quæ retundit aciem naturalis obligationis, & non erit sine effectu. Persona pupilli refringit vires obligationis *l. interdum ff. de condict. indeb.* non imbecillitas obligationis. Itaque vires suas exerit contra alios, non contra pupillum. Pupilli non possunt de rebus suis disponere, neque eas alienando *l. pupillus* 11. *ff. de acquir. rer. dom. l. obligari.* 9. §. *pupillus ff. de auctor. tutor.* neque de illis testando §. *prætereà Instit. tit. quib. non est perm. fac. testam.* Num idcircò domini non sunt? falsum § *nunc admonendi Instit. tit. quib. alien. lic.* Libertas est facultas faciendi quod libet §. *& libertas Instit. tit. de jure person. l.* 4. *ff. de statu homin.* Capti à latronibus non possunt facere quod libet, & tamen liberi sunt *l. hostes ff. de capt. & postlim.* Nimirum non deest facultas naturalis, sed vi externâ impeditur. Obligationum præcipuus effectus est, ut pariant actionem *l. licèt* §. *ea obligatio ff. de procur. l. actionum ff. de oblig. & action.* qua debitor adstringatur, & cogatur ad dandum *l. obligationum substantia ff. de oblig. & action.* Stipulatio in diem statim parit obligationem. *l. cedere diem ff. de V. S. l. centesimis ff. de V. O.* §. *omnis Instit. eod. &* tamen ante diem nihil peti, nihil exigi potest *l. nihil peti* 186. *ff. de Reg. Jur. l. certi.* 9. *ff. de reb. credit.* Non deficit obligatio, sed adjectio diei impedit, ac differt ejus effectum *d.* §. *omnis Instit. tit. de V. O.* Obligatio, cui obstat exceptio aliqua perpetua, est vera obligatio, & producit actionem, sed tamen neque ex ea obligatione promanat effectus, qui ex aliis obligationibus solet provenire obstante exceptione §. 1. *Instit. tit. de except.*

Illud quoque falsum est, esse sine effectu naturalem obligationem pupilli, cùm vires suas exerceat tùm in accessionibus, tùm adversus eos, in quos translata fuit obligatio, ut paulo ante demonstravimus. Imò & adversus ipsum pupillum, quoties non repugnat regula illa, quâ statuitur pupillum sine tutoris auctoritate conditionem suam non posse facere deteriorem. Itaque si pupillus cum auctoritate tutoris promittat id, quod naturaliter debebat, obligabitur, neque
15 enim hæc promissio erit donatio, sed debiti solutio *l. hoc jure §. si quis servo ff. de donat.* Unde intelligimus, quod etsi tutore auctore solverit, quod naturaliter debebat, non poterit repetere, cùm sit debiti solutio *d. l. hoc jure.* Itemque si pubes factus solverit, non repetet, agnovit enim naturalem obligationem, postquam persona ejus amplius non facit locum repetitioni, argum. text. *in l. item si §. penult. & ult. ff. ad S. C. Maced. l. 2. C. eod. l. 2. C de fideicom.*
16 Et de hoc pupillo arbitro intelligenda Jurisconsultorum responsa in *l. si ejus pupilli 64. in princ. ff. ad S. C. Trebell.* ubi agitur de pupillo pubere facto, cùm testamentum condiderit: add. *§. præterea Instit. tit. quib. non est permiss. fac. test.* De eodem agi puto in *l. si pupillus 21. in princ. ff. ad Leg. Falcid.* cùm ibi legati repudiati mentio fiat, ac proindè vel supponatur pupillus pubes factus, vel adhibita tutoris auctoritas.

CAPUT XV.

AD §. PRÆTEREA INSTIT. *tit. quib. mod. toll. oblig.*

SUMMARIUM.

1 *Expromissor unde dictus, & quis sit?*
2 *Quando quis expromittere dicatur.*
3 *Expromittente pupillo fit novatio.*
4 5 *Nec restituitur actio adversus veterem debitorem.*
6 *Expromittente muliere actio restituitur: & quare? n. 14. & 18.*
7 *Actio omninò restituenda, quando quis facti ignoratione decipitur.*
8 9 *Expromittente minore actio restituitur: & quare? n. 22.*
10 *Quando actio restituatur plura exempla proponuntur usque ad n. 14.*
14 *Beneficia sine cujusquam injuria sunt concedenda.*
15 *Hereditas non adita non transmittitur. Fallit in casu S. C. Silaniani.*
16 *Muliere impubere expromittente actio non restituitur.*
17 *Restitutio in integrum ita conceditur, ut quàm minimum fieri possit alter lædatur.*
19 *In contractibus non excusat ignorantia facti.*
20 *In contractu pupilli locum non habet regula correlativorum.*
23 *Datur restitutio etiam adversus naturalem obligationem.*
24 *Contrarium probatur.*
25 *Alienum factum nobis nocere non debet.*
26 *Cessat beneficium divisionis, si alter fidejussor solvendo non sit.*

NOvare, & novationem dixere Veteres Jurisconsulti: novatorem non dixerunt, quamvis hoc nomen Latinum sit, & maximè accommodatum ad explicandum eum, qui novat obligationem. Hic enim aliam ex alia obligationem facit. *l. 4. §. ait Prætor ff. de re judic.* Ac propterea novatoris nomen ei maximè convenit. Ovid. in Metamorphos.

— Rerumque novatrix
Ex aliis alias reddit natura figuras.

Nostris tamen Jurisconsultis magis placuit nomen expromissoris, quàm novatoris, fortassè quia hoc multò latius patet, quàm illud. Hoc nomen explicabimus paulò accuratius, quàm à Nostris factum sit, cùm 1
plerique vim ejus nominis non sint assecuti.

Expromissor dicitur is, qui pro alio promisit ea conditione, ut ab eo mox liberaretur, in *l. & eleganter 7. §. servus ff. de dol. mal.* Et rectè quidem meo judicio. Apud Historiæ Augustæ Scriptores, *ex Consulibus* dicitur, qui Consul fuit: *ex Ducibus*, qui fuit dux: *ex Tribunis*, qui fuit Tribunus: *ex Præfecto Urbi*, qui fuit Præfectus Urbi. Apud veterem Juvenalis Interpretem *ex-*

gladiatore dicitur, qui gladiator fuit. Ab Arnobio castrati dicuntur *ex maribus*: quasi mares fuerint, jam non sint. Hujusmodi autem nomina passim occurrunt in Codice Theodosiano: & in Cod. Justinianeo invenimus *ex Quæstore*, *ex Consule*, *ex Præfecto Prætorio* §. 1. *de nov. Cod. fac. & §. ad istum. de Justin. Cod. confir.* Quemadmodùm autem Veteres ex duobus verbis *pro Consule*, & *pro Prætore*, & similibus, unam vocem composuerunt, dixeruntque *Proconsulem*, & *Proprætorem*: sic illi ex duabus vocibus unam fecerunt, ac dixerunt *Exconsulem*, *Exquæstorem*, *Exeubicularium*, Isidor. *lib.* 9. *Etym. cap.* 3. Justin. *in præfat. Cod. l. maximarum* 12. *C. de excus. mun. lib.* 10. Sic ex *promissore* factum est expromissor: isque ille est qui promisit, & fuit obligatus *d. l. & eleganter* §. *servus ff. de dol. mal.* Quoniam verò aliquando expromittere, significat idem, ac promittere, ut in *l. si noxali* §. 1. *ff. de pecul. l. cùm dotis* 55. *ff. de jure dot.* vel potiùs quia, qui novat alicujus obligationem, succedit in locum ejus, idcircò expromissor dici cœpit, etiam is, qui novat, aut suam, aut alienam obligationem, & expromitti dicitur, quoties promittitur id, quod anteà debebatur, quare hoc verbum ad novationem pertinet *l. ult. ff. de S. C. Macedon.*

Itaque si quis, cùm anteà civiliter non teneretur, idem posteà creditori suo promittat per stipulationem, expromittere dicitur *l. ult. ff. de S. C. Macedon. l. hoc jure* 19. §. *si quis servo ff. de donat.* Item si mutetur persona creditoris, & qui Titio debebat, Cajo
2 promittat à creditore suo delegatus, dicitur expromittere *l. debitor* 36. *ff. de jur. dot. l. si mandatu* 45. §. *sed si mandavero ff. mandat. l. mortis* 31. §. *si jusseris ff. de mort. caus. donat.* Denique, & mutatâ personâ debitoris expromissor is dicitur, qui promittit id, quod ab alio debetur, ejusque in se transfert obligationem *l. si noxali* §. 1. *ff. de pecul. l. quod servus* 56. *ff. eod. l.* 4. §. *ait Prætor ff. de re judic. l. quòd si non solvere* 10. *ff. de pignor. action. l. si quis* 4. *ff. de cond. caus. dat. l. quamvis* 8. §. *si convenerit ff. ad S. C. Vellejan. l. & eleganter* §. *servus ff. de dol. mal. l. qui libertinus* 37. §. *ult. ff. de operis libert.* Expromittere autem dicuntur etiam servus, & mulier, licèt expromittendo non obligentur *l. si noxali* §. 1. *l. quod servus* 56. *ff. de pecul. l. quamvis* §. *si convenerit ff. ad S. C. Vellejan.*

Ad rem nostram veniamus. Si pro aliquo debitore pupillus expromittat sine tutoris auctoritate, liberat eum debitorem §. *prætereà Inst. tit. quib. mod. toll. oblig.* Licèt enim pupillus sine tutoris auctoritate non obligetur civiliter; obligatur tamen naturaliter *l. si pupillus* 21. *in princ. ff. ad Leg. Falcid. l. si ejus* 64. *in princ. ff. ad S. C. Trebellian. l. cùm illud* 25. *ff. quando dies leg. ced. l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de solut. l. ult. in princ. vers. nam si ff. de jurejur. l. si pupillus* 127. *ff. de verb. obligat. l. hoc jure* 19. §. *servus ff. de donat.* Naturalis autem obligatio sufficit, ut novetur præcedens obligatio *l.* 1. §. 1. *de novat.* Dubitari tamen potest, an creditori ex 3
æquitate restituenda sit actio adversus veterem debitorem à pupillo expromittente liberatum. Etenim si ei non restituitur actio, nihil amplius consequi poterit, non à vetere debitore, quia liberatus est: non à pupillo quia civiliter non est obligatus. Quæritur autem an in hac causa restituenda sit actio amissa, quia plerisque in causis ea restituitur, ut infrà demonstrabimus: & actio quæ restituitur, vocatur *actio restitutoria. l. quamvis* 8. §. *Marcellus &* §. *si mulieri &* §. *planè l. aliquando* §. *ult. ff. ad S. C. Vellejan. l.* 8. *C. eod. l.* 3. §. 1. *ff. de eo per quem fact. erit.* Hæc eadem vocatur *actio rescissoria* in *l. si paternam* 8. *& in l. si mulier* 16. *C. ad S. C. Vellejan.* quia rescissâ intercessione, ac novatione restituitur actio adversus veterem debitorem *l. ult. in fin. ff. ad S. C. Vellejan.* quemadmodum rescissoria vocatur actio illa, qua rescissâ usucapione, vel aliâ liberatione, res nostras recuperamus *l. ab hostibus* 18. *C. de postlim. reversi. l. necnon* §. *pen. & ult. ff. ex quib. caus. major.* §. *rursus ex diverso. Instit. tit. de action.*

Hac autem de re gratias habere oportet Imperatori nostro Justiniano, qui in *d.* §. nos docuit actionem non esse restituendam.

Ait enim in *d.* §. *prætereà: Interdum licèt posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollitur: veluti si id, quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatum fuerit: quo casu res amittitur, nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est.* Res amittitur expromittente pupillo: non amitteretur autem, si creditor posset actionem recuperare: ei enim integra
4 causa pristina restitueretur *l. si mulier contra* 14. *& l. quidam* 29. *ff. ad S. C. Vellejan.* & posset convenire debitorem suum, perindè ac si novatio facta non fuisset *l. si paternam* 8. *C. eod.* Is cui à Prætore succurritur, rem non amittit, sed amissurus esset, nisi succurreretur *l. in omnibus prætoriis* 5. *ff. de præt. stipulat.* & amitti, aut perire res dicitur, quando omninò redditur inutilis obligatio, & actio, vel ipso Jure, vel ope exceptionis *l. si debitor* 91. *ff. de solut.* quando autem quis habiturus est actionem, aut exceptionem, res servari dicitur, non amitti *l.* 2. §. *si Titius ff. de hæred. vel action. vend. l. & hæc distinctio* §. *cùm fundum ff. locat. l. cùm vir.* 10. *ff. de except. dol. mal.* nam qui actionem ha-
5 bet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur *l. id apud* 143. *ff. de Verb. Sign. l. qui* 15. *ff. de Reg. Jur.*

6 Nec obstat text. in *l. Divus in princ. ff. de rest. in int.* ubi rem amisisse dicitur ille, qui in integrum restituendus est. Nam ibi *res* significat litem, quemadmodum & in *l. sine Judice* §. *Marcellus ff. rem rat. hab.* Nec quicquam impedit, quominus litem amisisse dicatur, qui petere potest restitutionem in integrum.

Sit igitur hoc constitutum, expromittente pupillo sine tutoris auctoritate non solum liberari directâ actione debitorem, sed etiam rem amitti, nec esse restituendam actionem creditori. Multis tamen & legibus, & argumentis contrarium probari posset, de quibus est à nobis accuratè disserendum.

Primùm satis constat, quod expromittente muliere restituitur actio adversus veterem debitorem, quia mulier Vellejano Senatusconsulto adjuvatur *l. si mulier* 16. *C. ad S. C. Vellejan. l.* 1. §. *ult. l. quamvis* §. *quoties. cum mult. seqq. l. aliquando* §. *ult. l. si mulier* 14. *l. si pro uno* 20. *l. debitrix* 24. § 2. *&* 3. *l.* 6 *quidam* 29. *ff. ad S. C. Vell.* Imò si ille, pro quo mulier se obligavit, non fit obligatus, quia mulier ipsa loco ejus contraxerit: nihilominus adversus eum datur actio, tamquam si ipse contraxisset *l. quamvis* 8. § *si cùm essem ff. eod.* Ergò actio restitui debet etiam expromittente pupillo.

Imò multò magis restitui debet, cùm pupillus expromittit, quàm cùm expromittit mulier. Etenim quando quis deceptus est ignoratione facti, & actionem amisit, redditur ei actio amissa: non redditur autem, quando sciens id fecit, quo actionem amitteret *l. hæredem* 17. *ff. de his quæ ut indign.*
Qui autem accipit mulierem expromissorem, 7
non potest facti ignorationem prætendere *l. quamquam* 7. *ff. ad S. C. Vellejan.* At qui accipit pupillum, potest ignoratione facti decipi propter incertum ætatis, ut constat ex toto *tit. C. si minor se major. dixer.* Et ad rem nostram pertinet *l. si Titius & Seja* 48. *ff. de fidejuss.* ubi si quis fidejusserit simul cum muliere, non habet beneficium divisionis, quia scire potuit, aut ignorare non debuit, mulierem frustrà intercedere. Contrà verò si quis fidejusserit simul cum minore, habet beneficium divisionis, propter incertum ætatis. Igitur cùm excusetur ille, qui erravit in ætate minoris, aut pupilli: non autem excusetur, qui erravit in sexu mulieris: æquius est, ut restituatur actio ei, qui accepit pupillum expromissorem, quam ei, qui accepit mulierem *d. l. hæredem.* & confirmatur exemplo filii-familias. Si quis mutuam pecuniam crediderit ei, quem patremfam. putabat non vanâ simplicitate deceptus, pecuniam non amittit, & cessat Senatuscons. Macedonianum. *l.* 3. *in princ. ff. ad S. C. Maced.* At verò adversus mulierem hanc facti ignorationem prætendere non possumus *l. quamquam* 7. *ff. ad S. C. Vellejan.* In pupillo autem eadem videtur esse ratio, ac in filiofamilias.

Secundò, pupilli, & minores semper in Jure nostro comparantur: sed expromittente minore restituitur actio adversus veterem debitorem *l. un.* §. 1. *C. de reputat. quæ fiunt* &

in jud. restit. in int. l. ult. ff. de minor. l. alterius ff. de tutel. & ration. distrah. Ergò & expromittente pupillo.

Tertiò, confirmatur ex *l. si Titius, & Seja 48. in fin. ff. de fidejuss.* ubi si quis minorem dolo adduxerit ad expromittendum, frustrà desiderat, ut sibi actio restituatur adversùs veterem debitorem à minore liberatum. Ergò à contrario, si creditor minorem non cir-
9 cumvenerit, rectè petet actionem sibi restitui: est autem hoc argumentum fortissimum *l. 1. in princ. ff. de off. ejus cui mand. est jurisd.* Idem autem quod de minore dicitur, de pupillo dicendum videtur.

Quartò, considerанda est *l. ex hoc 3. §.*
10 *planè ff. de eo per quem fact. erit.* Quidam prohibuit, ne in judicio sisteret reus, interim reus elapso tempore liberatus est actione illâ, quâ conveniri poterat. Tenetur is, qui vetuit, ne in judicio sisteret reus: verumtamen si hic solvendo non sit, æquum est restitui actionem adversùs veterem debitorem liberatum. Ergò multò magis restituenda est, quando debitor liberatur à pupillo, qui nec tenetur, nec potest conveniri. Ille potest sperare eum ad pinguiorem fortunam perventurum: potest, si non totam summam, saltem aliquam partem ab eo exprimere, atque emungere. Huic nulla spes est reliqua, cùm pupillus conveniri non possit. *Quædam nomina bona, lentus, ac sapiens creditor fecit, qui sustinuit, ac mora fovit*: ut ait Senec. *de benefic. lib. 7. cap. 19.* At hic bonum nomen facere non potest, cùm pupillus non sit obligatus.

Quintò, si servus noxæ dedatur ei, cui damnum dedit, cùm à domino absente non defendatur, & reversus dominus petat, ut
11 sibi servus restituatur; restituitur etiam actio creditori adversus ipsum dominum *l. 1. in fin. ff. si ex noxal. caus. agat.* Ergò creditor non debet privari emolumento, & eo, quod sibi debebatur; & si privetur, ei actio pristina restituenda est.

Sextò, si duo pro eodem fidejusserint, alter purè, alter sub conditione: & qui purè acceptus est pro virili condemnatus fuerit; restituenda est adversùs eum actio, si alter non sit solvendo eo tempore, quo conditio
existit. *l. si plures 27. ff. de fidejussor.* Igitur 12
restituitur actio creditori adversùs veterem debitorem, quoties ille liberatus est facto ejus, qui solvendo non est. Ergò multò magis restituenda est, si liberatus sit facto ejus, qui se non potest obligare.

Denique, si minor acceperit expromissorem inopem, restituitur ei actio adversus ve-
terem debitorem *l. patri §. ex hoc ff. de mi-* 13
nor. Ergò multò magis restituenda est, quandò expromissor est pupillus, qui non obligatur.

Ne quem turbent hæc argumenta, singula refutabimus. Ad primum respondeo, non eamdem esse causam mulieris, & pupilli. Mulier naturâ suâ se potest obligare, & ex omnibus aliis causis obligatur, quia & habet animi judicium, & rerum suarum administrationem. Verum Senatusconsultum Vellejanum, ut auxiliaretur infirmitati, atque imbecillitati mulierum, novum hoc ipsis beneficium indulsit, quo factum est, ut fœminæ ex sua intercessione non teneantur. Æquum autem Prætori visum fuit succurrere etiam creditori, qui facto mulieris actionem
amisit, eam ipsi restituendo *l. 1. in fin. ff.* 14
ad S. C. Vell. Et meritò: beneficia enim sine cujusquam injuria, damnove sunt concedenda *l. nec avus C. de emancip. l. 2. §. meritò ff. ne quid in l c. publi. l. impuberi ff. de administ. tut. l. sciendum ff. ex quibus caus. major. l. quoties 2. & l. rescripta 7. C. de precib. Imperat. offer. l. 2. §. si quis à Principe ff. ne quid in loco publ. l. si quis sepulcrum. in princ. ff. de religios. & sump. fun.* Et ne pupillis quidem nova beneficia cum alterius injuria sunt impertienda *l. sed cùm ab hærede ff. ad S. C. Trebellian.* Quod mulieres non teneantur intercessione, id obtinuerunt, non quia non sint idoneæ ad contrahendam obligationem, sed beneficio Senatusconsulti: sic appellatur in *l. debitrix §. si Senatusconsulti ff. ad S. C. Vellejan.* in *l. quamvis 9.* in *l. si adversarius 10.* in *l. si dotare 12. C. eod.* seu ejusdem Senatusconsulti auxilio; ut vocatur in *l. si mulier 26. ff. ad S. C. Vell.* in *l. Senatusconsultum*, in *l. si sine*, in *l. si mater*, in

l. si sciens, in *l. si uxor C. eod.* Igitur, quantùm fieri poterat, hoc beneficium, & auxilium sine injuria creditoris concedendum fuit. Cessat in pupillis hæc regula. Illi enim nullo beneficio, nullo auxilio indigent, ut expromittendo non obligentur, quia nulla ex causa obligantur sine tutoris auctoritate *l. obligari ff. de oblig. & action. princ. tit. Inst. de auct. tut.* Non obligantur autem, quia non sunt idonei ad contrahendam obligationem, cùm nec habeant animi judicium *l. pupillus* 189. *ff. de Reg. Jur.* §. *preterea Inst. tit. quib. non est permiss. fac. test.* nec ipsis concessa sit rerum suarum administratio §. 2. *Inst. tit. quib. alien. lic.* & tutores domini loco habeantur in rebus pupilli *l. qui fundum* 7. §. *si tutor ff. pro empt. l. interdum* 56. §. *qui tutelam* 4. *ff. de furt.*

Exemplis rem explico. Non transmittitur ad successores hæreditas, nisi adita sit *l. un.*
15 §. *in novissimo C. de caduc. tollend.* Vetuit Senatusconsultum Silanianum adire hæreditatem ejus, qui occisus est, antequam quæstio de familia habeatur, sed tamen hoc sine injuria hæredis statuendum fuit: itaque si interea moriatur hæres, transmittit actiones utiles ad suos successores: sed ita tamen, si hoc solo impedimento terreatur, ne adeat: si alia de causa non adierit, aut aliud impedimentum obstiterit, non prodest Senatusconsultum *l.* 3. §. *non tantùm. cum seq. & §. ult. ff. ad S. C. Silanian.* Hinc intelligimus, non solùm, cur expromittente pupillo non sit actio restituenda: sed etiam, quòd si fœmina impubes expromiserit sine tutoris auc-
16 toritate, actio restituenda non erit. Neque enim creditori proderit sexus expromittentis, cùm obstet aliud impedimentum ætatis *d. l.* 3. §. *ult. ff. ad S. C. Silanian.*

Aliud exemplum sit in minoribus. Minores si curatorem non habeant, aut si habeant, cum ejus consensu rectè contrahunt. Prætor tamen, si suâ facilitate læsi, captive fuerint, concedit ipsis restitutionem in integrum, & quidem eadem de causa, quâ Senatusconsultum fœminis succurrit *l.* 1. *ff. de minor. l.* 5. *in fin. C. de in integr. restit. l. ait Præ-*
17 *tor* §. *non solùm ff. de minor.* Ita tamen eam concedit, ut quàm minimum lædatur, qui cum minore contraxit, & ideò omnia redigit ad pristinum statum *l. quòd si minor* §. *restitutio ff. de minor. l.* 1. §. *planè ff. de collat. l.* 1. & 2. *C. si advers. transact.* & expromittente minore restituit actionem adversùs veterem debitorem *l. un.* §. 1. *C. de reput. l. ult. ff. de minor. l. alterius ff. de tutel. & rationibus distrahendis.* Est enim hoc auxilium extraordinarium *l. in causæ* 16. *ff. de minor.* & beneficium *l. Præses ff. eod. l. un. C. si advers. rem judic. l. ult. C. si minor se major. dixer. l.* 1. *C. de filiof. minor.* & ideò sine cujusquam injuria concedendum est, ut diximus: idemque servandum in muliere.

Prætereà additur his alia ratio. Senatusconsultum Vellejanum factum est, ut subveniretur mulieribus deceptis, & prospiceretur ne in posterum deciperentur *l.* 2. §. *verba & §. seq. ff. ad S. C. Vellejan. l. si sine* 5. *C. eod.* At verò cùm mulier expromittit, magis decipitur à debitore, qui eam adducit ad expromittendum, quam à creditore, qui eam accipit expromissorem: atque ideò veniam non meretur debitor, nec ei prodesse debet Senatusconsultum, cùm fecerit id,
quod ne fieret, cavit Senatusconsultum. Et 18
hoc est, quod traditur in *l.* 1. *in fin. ff. ad S. C. Vellejan.* Etenim si nec ipsa mulier ullum commodum sentit ex Senatusconf. cùm decipiendi animo intercedit *l.* 2. §. *sed ita. l. si decipiendi. in princ. ff. ad S. C. Vellejan. l. si sine C. eod.* quantò minùs debet sentire commodum ex intercessione, qui mulierem ipsam decepit, quod fieri vetat Senatusconsultum. Quòd autem debitor ipse mulierem deceperit, ideò præsumitur, quia ad ipsum pervenit emolumentum, cùm liberetur ab obligatione. Notus est ille communis Oratorum locus, eum præsumi deliquisse, qui ex delicto commodum sentit. Notum & illud Cassianum, *cui bono fuisset.* Non ita se res habet in pupillis. Etenim pupilli contrahere prohibentur, non ad evitandas fraudes contrahentium, sed quia non sunt idonei ad contrahendam obligationem, seque nulla ex causa possunt obligare sine tutoris auctoritate, etiamsi damnum ex contractu non patiantur.

Ad ea autem, quæ adjungebantur confirmandi argumenti causâ respondetur, quod veniam meretur, nec puniri debet ignorantia facti *l. genero* 8. *ff. de his qui not. inf. l. ult. ff. de decret. ab ord. fac.* & ideò in *d. l. hæredem* 17. *ff. de his quæ ut indign.*
19 actio restituitur. At in casu nostro, in quo agimus de contractu, non facilè excusatur ignorantia, quia nemo ignarus esse debet conditionis ejus, cum quo contrahit *l. qui cùm alio* 19. *ff. de Reg. Jur.* Et qui cum pupillo contrahit sibi imputare debet, nec excusatur, adeò ut ipse obligetur, licet pupillus vicissim non obligetur *princ. tit. Instit. de auct. tut. l. si id quod* 7. §. 1. *ff. de resc. vend. l. Julianus* 13. §. *si quis à pupillo* 29. *ff. de*
20 *action. empt.* Nec observatur illa regula pervulgata: quod in uno ex correlativis obtinet, id etiam in altero obtinere debere *l. ult. ff. de acceptil. l. cùm emptor.* 5. *in princ. ff. de rescind. vendit.*

Ad text. in *l. si Titius, & Seja ff. de*
21 *fidejuss.* dico, multa ibi concurrere, quo fidejussor excusetur, qui simul cum minore fidejussit. Primùm ibi fidejussor non contrahit cum minore, itaque non debet ei imputari, si non exploravit ejus conditionem, & ætatem. Præterea non solum excusatur propter incertum ætatis, sed etiam propter incertum restitutionis; ibi: *propter incertum ætatis, & restitutionis.* Item ibi agitur de minore, non de pupillo. Faciliùs cognoscitur pupillus, quam minor: pupillus enim tutorem habere debet §. *impuberes Instit. tit. de Attil. tutor.* minor autem potest non habere curatorem, cùm invitis curator non detur. §. *item inviti Instit. tit. de curator. l. si impuberi* 13. §. *ult. ff. de tut. & curat. l. mutus* 43. §. *is qui* 3. *ff. de procurat. l. matris* 6. *C. qui pet. tut. l.* 3. *in fin. C. de in integr. restitut.* Potest minor se majorem fingere, & adversarium decipere *l.* 1. *& seqq. C. si min. se major. dixer.* pupillus non potest se majorem fingere: nemo enim tam bardus est, qui non dignoscat impuberem à majori viginti quinque annis. Quod si pupillus dicat se excessisse pupillarem ætatem, id ei nihil profuturum est, quia qui cum eo contrahit, exigere debet curatoris auctoritatem, sine qua non obligaretur, si minor esset *l.* 3. *in princ. C. de in integr. rest.* Itaque qui cùm pupillo contrahit, sine magna sua culpa & incogitantia decipi non potest. Denique animadvertendum est, quod in *d. l. si Titius, & Seja ff. de fidejuss.* agitur de minore, qui curatorem non habebat, ac propterea excusatur fidejussor, si eum majorem esse existimavit, quia minores solent habere curatorem *l.* 3. *ff. de minor.* Quod ibi agatur de minore curatorem non habente, probatur hoc modo. Ibi minor petiit, & impetravit restitutionem in integrum, quæ utique datur curatorem non habenti *l.* 3. *in fin. C. de in integr. restitut.* Quod si dicamus eum habuisse curatorem; aut fidejussit sine ejus auctoritate, aut adhibitâ ejus auctoritate. Si fidejussit cum ejus auctoritate, non poterit esse incerta ejus ætas, ut ibi supponitur: nam qui in contractu videt adhiberi curatoris auctoritatem, hoc ipso debet intelligere eum esse minorem. Si fidejussit sine curatoris auctoritate, non datur ei in integrum restitutio, sicut non datur pupillo sine tutoris autoritate contrahenti *l. in causæ* 16. *in princ. ff. de minor.* quia contractus ipso Jure non valet *l.* 3. *C. de in integr. restit.* & quando contractus non valet, restitutio non datur, quia ipso Jure munitus est *d. l. in causæ.* 16. §. *& generaliter ff. de minor. l. in dubium C. de tutor. vel cur. qui satis non ded. l. si tutor* 4. *C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est.* Ibi autem supponitur impetrata restitutio: ergò falsum est fidejussisse sine curatore. Superest igitur, ut non habuerit curatorem.

Ad text. in *l.* 3. *in princ. ff. ad S. C. Macedon.* respondetur, quod cùm exceptio Senatusconsulti Macedoniani detur in odium creditoris *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* non debet exceptio nocere ei, qui justa facti ignorantia est deceptus *l. genero* 8. *ff. de his qui not. infam. l. ult. ff. de decret. ab ord. faciend.* Justa autem est ignorantia facti ejus, qui existimat patremfam. illum, qui in omnibus se gerit pro patrefam. & qui communiter ejusmodi existimatur. [illegible]

de qua agimus, nec justa est ignorantia, nec denegatur actionis restitutio propter odium creditoris, sed quia sibi imputare debet, qui pupillum expromissorem accepit, & non adhibuit tutoris auctoritatem, cùm eam posset exigere.

Venio ad secundum argumentum, & dico, dissimilem esse causam minorum, & pupillorum. Probavimus modò, quòd minor, qui impetravit restitutionem, aut curatorem non habebat, aut contraxit cum auctoritate curatoris. Qui curatorem non habet, non est similis pupillo, quia civiliter
22 obligatur *l. 3. in fin. C. de in int. rest.* Qui curatorem habet, & cum ejus auctoritate contrahit, non est similis pupillo contrahenti sine tutoris auctoritate: ille enim obligatur, hic autem non obligatur. In illis legibus agitur de minore, qui impetraverat restitutionem in integrum: igitur aut agitur de minore curatorem non habente, aut de minore contrahente cum auctoritate curatoris: neuter autem similis est pupillo. Non potest igitur duci argumentum ab eo minore ad pupillum. Ratio autem, cur expromittente minore, & in integrum restituto, restituatur etiam actio creditori adversus veterem debitorem, in promptu est. Restitutio in integrum est amissæ causæ redintegratio *l. 2. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est.* Hoc est, impetratâ restitutione restituuntur omnia in eum statum, in quo erant, antequam minor obligaretur, dum ne quid damni minor patiatur *l. quod si minor. §. restitutio ff. de minor. l. un. C. de reputat. l. 1. & 2. C. si advers. transact. l. 1. §. planè ff. de collat.* Quare restituenda est etiam actio creditori, cùm haberet illam antequàm minor expromitteret.

Nec obstat, quod restitutio detur etiam adversus naturalem obligationem *l. 2. C. si advers. solut. l. illud ff. de minor.* Sed pupillus sine tutoris auctoritate naturaliter obli-
23 gatur, ut suprà probavimus: ergò indiget restitutione, ac propterea etiam expromittente pupillo restitui debet actio.

Respond. In illis legibus dari restitutionem adversus solutionem, non adversus naturalem obligationem. Nec pupillus sine 24
tutoris auctoritate contrahens petere potest restitutionem *l. in causæ 16. in princ. ff. de minor.* quia eam petere non potest, qui ipso Jure munitus est, ut ostendimus: pupillus autem contrahens sine tutoris auctoritate ipso Jure munitus est, cùm non possit facere conditionem suam deteriorem *princ. tit. Inst. de auctor. tut.* & ideò in nostro §. *prætereà Inst. tit. quib. mod. toll. oblig.* dicitur nulla obligatio pupilli: & in *l. pupillus ff. de oblig. & action. & in l. quod pupillus ff. de cond. ind.* dicitur pupillum nec naturaliter obligari: quia in his quæ afficiunt personam pupilli, nulla est, & sine effectu naturalis obligatio, ne conditionem suam sine tutoris auctoritate faciat deteriorem.

Ad tertium eadem est responsio: nam & ibi agitur de minore in integrum restituto.

Ad quartum respondeo, dari actionem restitutoriam, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, & actor damno afficiatur *d. l. 3. §. planè ff. de eo per quem fact. erit.* Non potest adscribi culpæ, aut negligentiæ creditoris, quòd debitor sit liberatus, cùm eum vocaverit in judicium antequam liberaretur. Igitur liberatus est alieno facto, quod 25
creditori nocere non debet *l. 1. ff. de alien. mut. jud. caus. fact. l. factum ff. de Reg. Jur.* præsertim cùm possit subesse dolus ipsius debitoris, & cum pacto rem egisse. In casu nostro liberatus est debitor facto ipsius creditoris, qui accepit expromissorem pupillum.

Ad quintum respond. ibi quoque agi de restitutione in integrum, non quidem de ea, quæ minoribus datur; sed de ea, quæ datur majoribus *l. 1. §. verba. & ll. seqq. ff. ex quib. caus. major.* Et iniquum esset restitui servum domino, & non restitui actionem creditori, eumque rem amittere sine sua culpa, sine suo facto.

Ad sextum facilis est responsio. Benefi- 26
cium divisionis fidejussoribus non datur, si alii solvendo non sint. *l. inter 26. ff. de fidejussor.* Ibi divisio facta erat, quia non constabat an alter fidejussor solvendo futurus esset:

sed

ſed quia adveniente tempore ſolutionis conſtat eum ſolvendo non eſſe, idcircò recedendum eſt à diviſione factâ, & alter non poteſt gaudere hoc beneficio cum damno creditoris. Nihil ſimile in caſu noſtro.

Ad ultimum reſpondetur, quòd minori reſtituitur actio adverſus veterem debitorem liberatum, quia à Prætore ſemper in integrum reſtituitur, quoties ſuâ facilitate læſus eſt *l. 1. & toto tit. ff. de minor.* Itaque & pupillo reſtitueretur, ſi cum auctoritate tutoris expromiſſorem inopem acceperit.

Non me pœnitet hæc uberius explicaſſe, quibus tota ratio reſtituendæ actionis eſt patefacta. Illud moneo, quod ſi pupillus expromittat cum auctoritate tutoris, & reſtituatur in integrum, reſtituenda quoque erit actio creditori adverſus veterem debitorem, ſicut reſtituitur expromittente minore. Vide text. in *l. ſed revocata 20. cum duab. antec. ff. de jur. fiſc.*

CAPUT XVI.

AD L. 1. ff. DE CONDIT. & *demonſt.*

SUMMARIUM.

1 *Dies certus petitionem, non obligationem differt.*
2 *Legatum in diem aliquando purum, aliquando præſens dicitur.*
3 *Dies incertus duplex: & quando faciat conditionem?*
4 *Momentum, quo morimur, vitæ tribuitur, non morti.*
5 *Differentia inter contractus, & legata, quoad diem incertum: ejuſque ratio.*
6 *Dies omninò incertus conditionem facit tam in contractibus, quàm in teſtamentis.*
7 *Certa ætas gravati non facit conditionem favore libertatis, & alimentorum.*
8 *Nec ætas extranei: idem in uſufructu.*
9 *Dies adjectus ad accelerandam ſolutionem non facit conditionem.*
10 *Item exonerandi hæredis cauſâ.*
11 *Item dies adjectus ſolutioni.*
12 *Item adjectus favore legatarii.*
13 *Quando præſumatur adjectus favore legatarii.*
14 *Exponitur* l. ſi ita relictum 43. §. Pegaſus ff. de legat. 2.
15 *Effectus diei incerti legato adjecti.*
16 *Exponitur* l. poſt mortem C. de fideic. & l. patroni ff. quæ in fraud. cred.
17 *Quis ſit dies certus, & qui ejus effectus?*
18 *Si dies ſit adjectus gratiâ creditoris, ante diem ſolvi non poteſt.*
19 *Contrà, ſi adjectus ſit gratiâ debitoris.*
20 *Legatum in diem nec agnoſci, nec repudiari poteſt ante diem: ſed vide in ſeqq.*
21 *Diſcrimen hac in re inter hæreditatem, & legatum.*
22 *Legatarius non acquirit eodem tempore obligationem, & dominium.*
23 *Legatum in diem nec repudiari, nec acquiri poteſt ante diem: & quare?*
24 *Ante diem legatum agnoſci poteſt, ita ut incipiat deberi.*
25 *Ratio affertur, cur ante diem naſcatur obligatio, non tranſeat dominium: & quid differat legatum ab hæreditate.*
26 *Legatarius quomodò poſſit rejicere ſolutionem ante diem.*

DIes aut certus eſt, aut incertus. Dies certus, etſi differat petitionem & exactionem, non tamen differt, aut ſuſpendit 1
obligationem §. *omnis Inſt. tit. de V. O. l. centeſimis 46. ff. de V. O. l. cedere diem ff. de V. S. l. in diem 10. ff. de cond. indeb. l. 5. §. 1. & l. ſi dies 21. ff. quando dies leg. ced. l. un. §. 1. C. de caduc. toll.* Quò fit, ut lega- 2
tum in diem dicatur aliquando purum, ut in *l. hæres meus 79. in princ. ff. de cond. & demonſt.* & præſens legatum in *l. 1. in princ. ff. eod tit.* quam ſuſcepimus explicandam. Dies autem incertus non ſolum differt ſolutionem, ſed etiam ſuſpendit obligationem, quia dies incertus conditionem facit *l. dies incertus ff. de cond. & dem.*

Hujus diei duo ſunt genera. Etenim aut incertum eſt, an dies ille ſit umquam extiturus, ut dies certæ ætatis, dies nuptiarum, dies conſulatûs. Incertum enim omninò eſt, 3
an ille ſit ad eam ætatem perventurus, ſit contracturus nuptias, ſit futurus Conſul. Aut certum eſt eum diem extiturum, ſed incertum eſt, quando ſit extiturus; cujuſmodi eſt dies mortis. Hic ſecundus dies in contractibus conditionem non facit *l. ſub conditione 16. cum ll. ſeqq. ff. de condict. indeb. junctâ l. in diem 10. ff. eod.* In legatis verò interdum conditionem facit, interdum non

facit. Si certò sit exiturus vivo legatario, non facit conditionem. Itaque dies mortis ipsius legatarii conditionem non facit *l. heres meus* 79. *in princ. ff. de cond. & dem.*
4 *l.* 4 *in fin. ff. qu. di. leg. ced.* quia non potest existere post mortem legatarii; viri enim moriuntur, non mortui, & momentum, quo morimur, vitæ tribuitur non morti *l. qui duos* §. 1. *ff. de manum. testam. l. si à pluribus* 107. §. 1. *ff. de legat.* 1. quamquam Plato nec vitæ, nec morti tribuendum esse censeat. Si verò dies adjectus possit existere post mortem legatarii, conditionale legatum est, ut si legato sit adscripta mors hæredis: nostra *l.* 1. §. *dies autem ff. de condit. & dem. l. heres meus* 79. §. 1. *ff. eod. tit. l. hujusmodi* 13. *ff. quan. dies leg. ced. l. si cùm heres* 4. *ff. eod.* Ratio est, quia in contractibus nihil
5 refert, quando conditio existat, ante, vel post mortem creditoris; quia creditor decedens transmittit spem ad hæredes §. *sub conditione Inst. tit. de V. O.* Transmittit autem spem, quia qui contrahit, tùm sibi, tùm hæredibus suis consulere voluisse videtur *l. si pactum* 9. *ff. de probat.* Et ideò in contractibus initium spectamus *l. non omne* §. 1. *ff. de Reg. Jur. l. si filiusfam.* 78. *ff. de V. O.* & ex præsenti vires capiunt *l. usufructus* 26. *ff. de stip. serv.* In legatis multò aliter se res habet. Testator qui legat, vult honorare ipsum legatarium, non ejus hæredes, ipsique aliquod ob meritum relinquere *l. nec adjecit* 9. *ff. pro soc.* non hæredibus legatarii, qui de testatore benè meriti non sunt, quemadmodum legatarius: Itaque si legatarius moriatur ante eventum conditionis, legatum prorsus extinguitur, nam ad hæredes legatarii non potest transmitti, neque ex voluntate testatoris, qui eos noluit honorare, neque ex persona legatarii, quia ipse mortuus est, antequam cederet dies legati; antequam, aut legatum ipsum, aut obligationem acquireret *l.* 5. §. *sed si sub conditione ff. quan. di. leg. ced. l. intercidit ff. de cond. & dem.* Igitur cùm dies hic, de quo agimus, possit existere post mortem legatarii, suspendit legatum in incertum eventum, ac proindè legatum est conditionale, quia hoc proprium est conditionis, ut in casum differat obligationem §. *omnis Instit. tit. de V. O.*

Veniamus ad alium diem incertum. Si sit incertum, an dies adscriptus sit umquam exiturus, semper facit conditionem, tàm in 6
contractibus *l. quodcumque* 45. §. *non solum ff. de V. O.* quàm in testamentis *l. si Titio* 22. *in princ. ff. qu. di. leg. ced. l. si ita sit scriptum* 45. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. cùm vir*, & *l. Publius ff. de cond. & demonst.*

Aliquando tamen hic dies conditionem non facit, vel ob privilegium, vel quia alia de causa dies hic fuit adjectus, non ad suspendendam obligationem. Ob privilegium libertatis, & alimentorum conditionem non facit certa ætas ejus, qui gravatus est præstare vel libertatem, vel alimenta. Debentur enim, etiamsi ille ad eam ætatem 7
non perveniat. De libertate traditum est id in *l. fideicommissaria* 23. §. *etiam ff. de fideic. libert. l. Thais* 41. §. *libertatem ff. eod. l. fideicommissaria* 10. *C. eod. tit.* De alimentis idem conjicere possumus ex *l. libertis* §. *ab hæredibus ff. de alim. leg.* quam legem uberiùs aliàs explicabimus, & ex *l. Cajo* §. 1. *ff. eod. & ex l.* 1. *C. de legat.*

Præterea in his legatis nec ætas quidem alicujus extranei conditionem facit *l. si ita* 8
scriptum 16. *ff. de manum. testam. l. si servus* 19. *ff. de statu lib.* Imò etiam cùm agitur de usufructu, ut est constitutum in *l. ambiguitatem C. de usufr.*

Quando verò dies incertus alia quacumque de causa adjicitur, non eo animo ut suspendat obligationem, numquam facit conditionem: quia in conditionibus voluntas dominatur *l. in conditionibus ff. de cond. & dem.* Adjicitur aliquando dies ad accelerandam solutionem, & tunc purè contrahitur 9
obligatio, non sub conditione, vel in diem: ut si quis stipuletur: *decem, cùm petiero, dabis l. si decem* 48. *ff. de V. O. l. Titia* 85. *de cond. & dem.*

Aliquando dies incertus adjicitur hæredis 10
exonerandi causâ, non suspendendæ obligationis, & ideò non facit conditionem. In legatis annuis primum solummodo purum est: legata sequentium annorum tacitè continent

illam conditionem : *Si initio ejus anni vivet legatarius* : itaque si non vivat, legatum amplius non debetur *l. si in singulos* 4. *& l. Gajus. in fin. ff. de ann. legat. l. nec semel. in princ. & in.§. 1. ff. quan. di. leg. ced.* Verumtamen si testator hæredis exonerandi causâ, ne statim urgeatur ad solutionem totius summæ, eam diviserit in plures pensiones annuas, nulla inest conditio, & omnium annorum unum est legatum, cujus statim dies cedit. *l. nec semel. §. sed etsi. l. si cum præfinitione. vers. si verò ff. quando di. leg. ced.*

Item dies incertus aliquando non legato, non obligationi ejus adjicitur, sed solutioni : itaque non suspendit obligationem, cui non fuit adjectus; sed solum differt solutionem : quia testator noluit legatum sub con-
11 ditione relinquere, sed in illud tempus differre solutionem. Exempla nobis suppeditant *l. ex his C. quando di. leg. ced. l. Sejus Saturninus. l. à filia §. alumno ff. ad S. C. Trebell.* nisi tempus sit adjectum per verba conditionis ut in *l. quibus diebus §. quidam Titio ff. de cond. & demon.*

Denique si testator diem incertum adjecerit favore ipsius legatarii, non facit conditionem : quia diem illum adjicit, ut pro-
12 videat legatario, non ut ipsum privet legato tempore illo non adveniente. Exempla habemus in *l. Firmio §. 1. ff. quan. di. leg. ced.* in *l. à filia §. alumno ff. ad S. C. Trebell.* in *l. cùm pater* 77. *§. curatoris ff. de leg.* 2. in *l. liberto* 21. *§.* 2. *ff. de ann. legat.*

Hanc autem voluntatem testatoris diem adjicientis favore legatarii multis conjecturis assequi possumus. Prima est, si testator declaret, se velle consulere infirmitati lega-
13 tarii, ne pecuniam dissipet, atque disperdat, ut in *l. liberto §. filium ff. de ann. legat.* Altera, si declaret se nolle committere rei legatæ administrationem tutoribus legatarii, ut in *l.* 3. *§. cùm Pollidius ff. de usur.* Tertia, si velit solvi legatario fructus, & usuras medii temporis, ut in *l. à filia §. alumno ff. ad S. C. Trebell.* & in *l. Firmio §. 1. ff. quando di. leg. ced.* Nam fructus eo casu debentur, quo dies gratiâ creditoris adjicitur. *l. si ita relictum* 43. *§. Pegasus ff. de legat.* 2. Minor autem, seu pupillaris ætas non est idonea conjectura, nisi simul concurrant ea omnia, quæ proponuntur in *l. Sejus Saturninus ff. ad S. C. Trebell.* videlicet; & quòd agatur de filio, & quòd agatur de restituenda paterna hæreditate, quæ filio ipsi debita erat, & relicta cuidam amico, ut eam custodiret, donec filius judicii maturitatem assequeretur. His non concurrentibus dies facit conditionem : nam etiam legatum filio impuberi relictum, cùm ad pubertatem pervenerit, conditionale est *l. si cui legetur* 14
49. *§. 1. cum duob. seqq. ff. de legat.* 1. Quamobrem quod traditur in *l. si ita relictum §. Pegasus ff. de legat.* 2. id ita esse intelligendum est, si aliunde constet, tempus pubertatis adjectum fuisse gratiâ impuberis legatarii, ut supponitur initio ejus paragraphi. His expositis constat, quis sit dies incertus, & quando conditionem faciat. Si fuerit adscriptus ejusmodi dies incertus, qui conditionem faciat, id quod debetur, non rectè solvitur antequam dies veniat, & si per errorem solutum fuerit repeti potest, antequam dies veniat, veniente die non repetitur *l. sub* 15
conditione 16. *ff. de cond. ind.* Imò si legatarius fundum legatum forte fortuna possideat, potest ab hærede vindicari simul cum fructu *l. omnia* 32. *§. fundum ff. de legat.* 2. Quare neque hoc legatum delegari potest, cùm nihil hactenus debeatur *l. legata* 41. *ff. de cond. & dem.* nec potest eligi res legata *l. cùm illud.* 25. *ff. quan. di. leg. ced.* Et si rogatus sit aliquis, ut restituat hæreditatem cui voluerit ex liberis suis, cùm morietur, non potest in vita restituere *l. cùm pater* 77. *§. à filia ff. de leg.* 2. quia adhuc non habet electionem, ne fortè restituat ei, qui ante ipsum sit moriturus.

Fideicommissum tamen & ante mortem restituere potest is, qui post mortem suam rogatus est restituere, *l. post mortem* 12. *C. de fideic.* quia videtur donare id, quod pluris est in præmatura restitutione, & veniente morte cedit in solutum *l. sub conditione* 16. *ff. de solut.* Quod si præmaturâ solutione alteri iniqua conditio inferatur non rectè restituetur. Neque contrarium est quod traditur

in *l. patrem* 19. *ff. quæ in fraud. cred.* ubi non fraudat creditores, qui restituit ante
16 mortem id, quod post mortem restituere rogatus erat. Etenim ibi pater non restituit hæreditatem filio ante couditionis eventum, licèt in vita restituat. Rogatus erat restituere filio post mortem suam; vel, cùm filius morte patris fuisset effectus sui juris. Hæc conditio non solùm existit per mortem patris, sed etiam per emancipationem, quia ea mens est testatoris, ut filius sibi acquirat hæreditatem, quod consequitur, quomodocumque sui juris effectus fuerit *l. mulier* 22. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. si ita* 15. *ff. quan. di. leg. ced.* itaque cùm pater restituerit filio emancipato, rectè restituit, & non fraudat creditores, quia restituit post eventum conditionis.

Hactenus de die incerto. Ex his intelligi volumus quis sit dies certus. Etenim diem certum dicimus non solum eum, qui certò est exiturus, sed omnem, qui conditionem non facit: quia cùm non suspendat obliga-
17 tionem, nec eam in incertum differat, certus meritò potest appellari. Differt hic dies solutionem, & exactionem: obligatio autem statim nascitur: statim tenetur debitor, sed conficiendæ pecuniæ tempus ei conceditur §. *omnis Inst. tit. de V. O. l centesimis* 46 *ff eod. tit. l. in diem* 10. *ff. de cond. ind. l. cedere diem ff. de V. S. l.* 5. §. 1. *& l. si dies* 21. *in princ. ff. quando dies leg. vel fidic. ced* Verumtamen quia ante diem exigi pecunia non potest, & quoad exactionem sine effectu est, & inutilis obligatio; idcircò in nostra *l.* 1. § *cùm dies certus ff. de cond. & dem.* ait *J. C. quia certum est ea debitum iri.* Nam quantum attinet ad exigendi facultatem, adhuc non debentur, nec videtur cœpisse obligatio *l. obligationum* 44 §. 1. *ff. de oblig. & act. l. eum qui* §. 1. *ff. de V. O. l. si in annos* 49. *ff. de cond. & dem. l. si ita sit scriptum* 45. §. 1. *in fin. ff. de leg.* 2. quia verè debitor is est, à quo invito exigi pecunia potest *l. debitor* 108. *ff. de V. S.* Cæterùm cùm de aliis effectis obligationis quæritur, non dubitatur eum, qui in diem debet, verè debitorem esse. Itaque si solverit ante diem repetere non potest *l. in diem* 10. *ff. de cond. ind. l. nam si* 17. *ff. eod.*

An autem debitor invito creditori possit ante diem solvere id, quod in diem debet, inter doctissimos Homines est magna dissensio. Adjicitur dies, aut debitoris, aut creditoris causâ. Plerumque debitoris causâ adjicitur *l. cùm tempus ff. de Reg. Jur. l. eum qui calendis ff. de verb. obl.* Aliquan- 18
do tamen adjicitur etiam creditoris causâ *l. si ita relictum* 43. §. *Pegasus ff. de legat.* 2. Quibus conjecturis id consequamur suprà diximus, & mille alias ad earum similitudinem fingere possumus: veluti, si quis cùm certo tempore indigeret aliqua quacumque re, quæ facilè corrumpitur, aut non facilè custoditur, stipulatus sit eam sibi dari eo tempore, quo ipsâ uti debet. Si dies sit adjectus creditoris causâ, constat invito creditori ante diem solvi non posse *l. Jabolenus* 15. *ff de annuis legat.*

Si verò dies sit adjectus causâ debitoris, etiam invito creditori potest ante diem solvi 19
ut traditur in *d. l. Jabolenus* 15. *ff. de ann. leg.* in *l. stipulatio ista* 38. §. *inter* 16. *ff. de verb. oblig.* in *l. continuus* §. 2. *vers. nam & quod in ff. eod. l. quod certa* 70. *ff. de solut.* in *l. quod quis* 50. *ff. de obl g. & act.* Quamquàm & hoc à multis magni nominis Viris negatur, & cùm Carthaginenses stipendium, quod pluribus pensionibus in multos annos debebant, se præsens omne daturos pollicerentur: à Romanis responsum est, nullam pecuniam se ante diem accepturos. Nimirum illi cum Carthaginensibus, tamquàm victores cum victis agebant, & magnificè oblatum beneficium repudiarunt. Existimo enim verissimum esse, quod toties à nostris traditum est, totum medium tempus ad solvendum relinqui liberum promissori. Confirmat hoc etiam Pomponius in nostra *l.* 1. §. *cùm dies certus.* Verba legis hæc sunt: *Cùm dies certus adscriptus est, quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt; quia certum est ea debitum iri.*

Non liber hoc loco controversiam omnem exponere, cùm id ab aliis, & doctè, & accuratè factum sit. Solùm explicabo legem quamdam, quæ & huic sententiæ, & nostræ

legi videtur esse contraria, & ab aliis in hac controversia non perpenditur. In nostra *l. 1. §. cùm dies certus ff. de cond. & dem.*
20 ait Pomponius *legatum cui dies certus adscriptus est, ante diem solvi posse.* Falsum hoc videri potest, quia legatum in diem non potest ante diem repudiari *l. si ita sit scriptum 45. §. si sub conditione ff. de legat. 2.* sed quod repudiari non potest, agnosci non potest *l. is potest 18. ff. de acquir. vel om. hæred. l. is qui heres 13. & l. nolle ff. eod. l. ejus est nolle ff. de Reg. Jur.* Legatum igitur in diem relictum ante diem agnosci non potest: ergò nec ante diem solvi potest, quia hactenus incertum est, an legatarius sit repudiaturus legatum. Primum igitur falsum est quod ait Pomponius, certum esse ea debitum iri, quia cùm ante diem neque agnoverit, neque repudiaverit legatum, incertum est an legatum debeatur, vel futurum sit, ut ei debeatur. Præterea falsum est legatum solvi posse; quia sicut solvi non potest legatum conditionale propter incertum conditionis, ita solvi non poterit hoc legatum propter incertum repudiationis, quâ tamquam conditione legatum suspenditur. *l. si tibi homo 86. §. cùm servus ff. de legat. 1. l. Cornelius 69. ff. de hæred. inst.*

Primum omnium animadvertendum est non eamdem esse rationem hæreditatis, & legati. Legatum in diem certum relinqui potest: hæres ex die certo non potest institui *l. hæreditas ff. de hæred. inst. §. hæres Inst. eod.* cùm igitur hæreditas solum sub conditione relinqui possit, verissimum est, quòd hære-
21 ditas, quæ repudiari non potest, adiri & acquiri non potest: quod obtinet etiam in legato conditionali, nam & hoc ante conditionis eventum nec repudiari, nec agnosci, nec solvi potest. At in legatis quibus adscriptus est dies certus, non usquequaque verum est quod agnosci non possint: licet verum sit ea repudiari non posse *d. l. si ita sit scriptum 45. §. si sub conditione ff. de leg. 2.* ut mox explicabimus.

Præterea in hæreditate non differt dominium ab obligatione. Hæreditatis nemo debitor est, cùm eam hæres accipiat à defuncto. Itaque adeundo hæreditatem statim dominium rerum hæreditariarum acquirimus *l. heres 37. ff. de acquir. vel om. hæred.* Non ita se res habet in legatis. In his distincta sunt dominium, & obligatio. Legatarius duo acquirit; obligationem legati, quâ ipsi hæres obstringitur; & dominium rei legatæ. 22
Neque hæc duo acquirit eodem tempore. Obligatio acquiritur legatario, cùm testator moritur: statim enim dies legati cedit *l. si post diem 5. §. 1. ff. quand. di. leg. ced. l. un. §. 1. C. de cad. toll.* Dominium verò rei legatæ transit ad legatarium à die aditæ hæreditatis *l. servum. 44. §. 1. servo legato 69. l. si tibi homo 86. §. cùm servus ff. de legat. 1. l. legatum 80. ff. de legat. 2. l. à Titio ff. de furt.*

Veniamus ad rem nostram. Legatum ante diem repudiari non potest *d. l. si ita sit scriptum 45. §. si sub conditione ff. de leg. 2.* Potest tamen ante diem agnosci, non quidem ita ut acquiramus dominium rei legatæ; sed ita ut legatum nobis debeatur, ut dies ejus 23
cedat. In legatis in diem legatarius ante diem non acquirit dominium rei legatæ *l. Sempronius Attalus ff. de usufr. legat.* Itaque non potest repudiare legatum, quia legatum ad ipsum adhuc non pertinet, ut ait *J. C. in d. l. si ita sit scriptum.* hoc est, quia ad ipsum non pertinet dominium rei legatæ: repudiando autem id agimus, ut à nobis dominium abjiciamus, imò ut res legata numquam in dominio nostro fuerit, sed semper in dominio hæredis *l. serv[illegible] ff. de leg. 1. l. si tibi [illegible] §. cùm servus ff. de legat. 1* Animadvertendum est verbum, *ad nos non pertinet* per textum in *l. si dies 21. ff. qu. di. leg. ced. in l. verbum illud 181. ff. de V. S.* ad quem dominum rei non pertinet. Frustrà enim conatur abjicere id, quod non habet. Eadem de causa nec possumus agnoscere legatum, ita ut dominium ejus acquiramus, quia hoc acquiri non potest antequam veniat dies adscriptus *d. l. Sempronius Attalus ff. de usufr. leg.* Quare animadvertendum est, quod in *l. is potest ff. de acquir. hær d.* ait J. C. *Is potest repudiare, qui & potest acquirere.* Non ait, *qui potest agnos-*

Ff iij

14 *Militia Prætoris quæ, & quotuplex?*
15 *Apparitores, Scribæ, qui & quæ eorum militia.*
16 *De pecunia, quæ pro militia introitu solvebatur.*
17 *Quæ dicerentur commoda militiæ.*
18 *Sportula data ab iis, qui magistratus suscipiebant: & quid differrent à pecunia pro introitu militiæ?*
19 *Militiæ quæ erant in commercio.*
20 *Eæ transmittebantur ad hæredes.*
21 *Militia ex casu quæ, & quid esset casus. & n. 23.*
22 *Ad quos pertineret pecunia militiæ ex casu.*
23 *Quanta esset.*
24 *Cur legatâ militiâ, videatur legata æstimatio.*
25 *Militum salarium quod?*
26 *Annona præstari solita Magistratibus, & eorum militibus; & quid sint annonæ.*

PRomissum impleamus, & fidem capitis antecedentis exsolvamus. In *l. libertis §. ab heredibus ff. de alim. vel cib. legat.* proponitur hæc species. Titius rogavit hæredes suos, ut Stichum manumitterent, eique manumisso alimenta præstari voluit à Sejo, si cum eodem Sejo moraretur; & deinde adjecit hæc verba: *A te autem, Sei, peto, ut cùm ad vicesimum quintum annum perveneris, militiam ei compares, si tamen te ante non reliquerit.* Sejus mortuus est ante annum vicesimum quintum: quæsitum est an liberto militia comparanda sit, & quando sit comparanda? Respondit Scævola militiam comparandam esse eo tempore, quo Sejus pervenisset ad annum vicesimum quintum, si vixisset.

Huic legato militiæ videntur adjectæ duæ conditiones. Altera est, si libertus Sejum non reliquerit. Hæc conditio impleta est, quia libertus Sejum non reliquit, & licet cum eo moratus non sit usque ad annum vi-
1 cesimum quintum; tamen cùm per Sejum steterit, quominus cum eo moraretur, conditio pro impleta habetur *l. in jure 161. ff. de Reg. Jur. l. jure 24. ff. de cond. & dem. l. heres 66. in fin. l. Julianus 45. ff. eod.* Altera conditio est: cùm Sejus ad vicesimum quintum annum pervenerit. Hæc vera con-
2 ditio est; nam certa ætas ejus, qui legatum debet, adscripta legato conditionem facit. *l. si ita scriptum 16. ff. de man. testam. l. si servus liber. 19 ff. de statu lib. l. fideicommissaria 23. §. etiam ff. de fideicomm. libert.* Itaque cùm Sejus non pervenerit ad annum vicesimum quintum, conditio defecit, & legatum militiæ non debetur *d. l. si ita scriptum, cum duabus aliis modò adductis.* Et tamen Scævola respondit militiam esse comparandam, cùm cessisset id tempus: quasi legatum militiæ sit in diem, non sub conditione.

Neque videtur admitti posse Scævolæ responsum propter favorem alimentorum. Nam licet non negemus, certam ætatem non facere conditionem favore alimentorum; tamen hîc militia non erat legata pro alimentis, cùm præter militiam eidem legata essent alimenta *l. Firmio §. 2. ff. quand. di. leg. ced.*
Atque hæc alimenta liberto præstanda sunt, 3
etiamsi Sejus mortuus sit *l. Gajo §. Imperator ff. de alim. vel. cib. leg. l. 1. C. de leg.* Cùm igitur liberto debeantur alimenta, non potest militia legata esse pro alimentis *d. l. Firmio §. 2. ff. qu. dies leg. ced.*

Doctissimi Interpretes Jason, & Duarenus putant in hoc legato certam ætatem non facere conditionem, quia militia legata erat ad remunerandum libertum propter onus, quod eidem fuerat adjunctum, morandi cum Sejo usque ad certam illam ætatem. Sta-
tuunt igitur certam ætatem non facere con- 4
ditionem in legato, cui onus adjunctum est.

Vix potest defendi hæc sententia: contrarium enim constitui videtur in *l. Thais §. libertatem ff. de fideic. libert.* Ibi testator Cupitum servum suum manumitti voluit, cùm Marcianus filius sexdecim annos implevisset, si rationes reddidisset. Huic legato libertatis
adscripta est certa ætas filii hæredis, & est 5
conjunctum onus reddendarum rationum: & tamen certa ætas conditionem facit, ut constat ex illis verbis legis: *nam alteram conditionem.* Et licet libertas debeatur, quamvis filius non pervenerit ad decimum sextum annum; tamen id receptam est favore libertatis: ibi, *humaniore interpretatione*: & si alterius generis legatum esset; non deberetur *l. si ita scriptum 16. ff. de man. test. l. si servus liber. 19. ff. de statu lib. l. fideicommissaria 23. §. etiam ff. de fideic. libert.*

in plures partes dividebatur: comprehendebat enim officia omnia, ac munia, omnesque qui aut Imperatori ministrabant, aut Magistratibus.

Imperatorum duplex erat militia, Palatina, & Sacrorum Scriniorum. De militia
11 Palatina agitur in *tit. C. de palatin.* in *tit. C. Theodosian. & Justinian. de privileg. eor. qui in sacr. palat. milit.* in *tit. utriusque C. de Castrensian.* & aliis multis. Sidon. *lib. 1. epist. ad Eutrop. Scribendi causa vel sola, vel maxima, qua te scilicet à profundo domestica quietis extractum ad capessenda militiæ palatinæ munia vocem.* D. Hieronym. *in epitaph. Nepotiani: Referret alius, quod in palatii militia sub chlamyde, & candenti lino corpus ejus cilicio tritum sit.* Hæc appellatur militia domestica à Cassiodoro *lib. 11. form. 6.* & palatini appellantur milites sedis nostræ ab Imperatore apud Cassiod. *lib. 11. form. 16.* Comprehendebat hæc militia omnes, qui aulica munia obibant, ut Comites palatinos, Comitatenses, Domesticos, Largitionales, Privatianos, Mittendarios, & cæteros omnes, qui in palatio munus aliquod, aut officium exercebant. Erant prætereà scholæ palatinæ, quarum decem numerantur in Notitia utriusque Imperii, undecim verò fuisse testatur Imperator Justinian. in *l. ult. C. de locat.* Sed hoc militiæ genus ad armatam potius referendum est, quam ad urbanam, sicut refertur à Justiniano in *d. l. ult. C. de locat.* cùm stiparent ac custodirent Principem, eique domi forisque securitatem præstarent, paucis tantum exceptis.

Militia sacrorum scriniorum multiplex erat: etenim in Notitia utriusque Imperii quatuor scrinia sacri palatii recensentur:
12 Scrinium memoriæ, scrinium epistolarum, scrinium libellorum, scrinium dispositionum. Horum varia officia, ac nomina: Exceptores, Amanuenses Librarii, Memoriales, Corniculari, Laterculenses; &, qui dignitate præcellebant, Proximi scriniorum, Comes dispositionum, & Magistri scriniorum. De quibus agitur in *tit. C. de magistr. sacr. scrin.* & in *tit. de prox. sacr. scrin.* & passim in libro Codicis duodecimo. Ad hoc militiæ genus pertinere potest etiam Quæstor sacri palatii. Horum militia appellatur litterata in *l. 8. C. de prox. sacr. scrin.* Symmach. *epist. 124. lib. 7. fungitur militia in scriniis litterarum.* Ad hos enim cura libellorum Principi oblatorum, epistolarum, constitutionum, decretorum, aliarumque hujus generis rerum attinebat. Scriniorum Magister fuit Papinianus noster. Aurel. Vict. *de Papiniano: Ferunt illo tempore Bassiani scrinia curavisse.* Existimo eum fuisse Magistrum scrinii libellorum. Tryphoninus in *l. rescriptum 12. in princ. ff. de distr. pign. Rescriptum est ab Imperatore libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere posse.* Doctissimus 13
Salmasius putat eum fuisse Magistrum omnium scriniorum, quia principes singulorum scriniorum vocabantur *Proximi* cujusque scrinii, nec à magistris ejus scrinii distinguebantur. Quæ opinio non videtur vera, cùm in nostro Codice separati sint tituli *de Magistris Sacrorum scriniorum, & de proximis scriniorum.* Sed ad hoc nostrum institutum non pertinet hæc diligentius, & perquisitius examinare. Ulpianum quoque nostrum Magistrum Scriniorum fuisse constat. De hoc Fest. Ruf. *hic Alexander Scriniorum Magistrum habuit Ulpianum*; idemque testatur Lampridius.

In Prætorio quoque sicut in Palatio, duplex erat militia, forensis, & Apparitorum. Forensi militiæ adscribebantur advocati. Cassiod. *lib. 5. form. 4. Advocati tibi militant eruditi.* Impp. Leo & Anthemius in *l. advocati 14. C. de advoc. div. judicior. Nec enim solos nostro Imperio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis, & thoracibus nituntur, sed etiam advocatos: militant* 14
namque causarum patroni, qui gloriosæ vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam, & posteros defendunt.

Apparitores quoque militare dicuntur *l. 4. 5. & 9. C. de divers. off. & apparit. & toto tit. C. Theod. de div. off. & apparit.* Ascon. *in 3. Verr. Accensus nomen est ordinis, & promotionis in militia.* Cassiod. *lib. 6. form. 25. Omnes Apparitores decet habere Judices suos, nam cui Præsul adimitur, & militia*

15 *denegatur*. Et *lib.* 7. *form.* 28. *Si Præsulem ademeris, militem non relinquis: apparitio enim tollitur, quoties qui jubere poterat, abrogatur.* Ingens horum numerus: comprehendit enim omnes, qui Magistratibus ministrabant, Lictores, Accensos, Præcones, Interpretes, Scribas, & hujus generis cæteros. Cicer. in *Orat. pro Cluent. Quid sibi autem illi scribæ, quid lictores, quid cæteri, quos apparere huic quæstioni video, volunt?* Liv. *lib.* 9. de Flavio scriba. *Invenio in quibusdam annalibus, cùm appareret Ædilibus.* Corn. Nepos de Eumene, qui Philippi scriba fuerat: *Eumenes annorum quinque & quadraginta, cùm ab anno vicesimo septem annos Philippo apparuisset.* & Fest. *lib.* 12. *Navalem scribam* definit eum esse, *qui in nave apparebat.* Igitur Apparitores dicebantur ii omnes, qui præsto erant ad obsequium Magistratûs: ut ait Servius ad illud Virgilii 12. *Æneid. Sævique in limine regis apparent.* Magistri militum trecenti erant Apparitores, præter supernumerarios. Comes Orientis sexcentos Apparitores habere poterat. *l. un. C. de apparit. Comit. Orient.* Proconsul, & Legatus quadringentos *l.* 2. *C. de apparit. Procons.*

Ex his, quæ diximus, facilè quilibet intelliget, quid essent hæ militiæ, & quam magnus earum numerus. Cogita enim omnes palatinos, omnes Magistratus urbanos, omnes dignitates, quosdam Magistratus municipales; & immensam propemodum summam eorum militum, quorum officio, & opera utebantur, colliges.

Qui has militias consequebantur, solebant certam pecuniæ summam pro introitu dare. Scævola in *l. his verbis. pen.* §. *alumno ff. de legat.* 3. *Alumno præcepit militiam his verbis. Sempronio alumno meo illud, & illud: & cùm per ætatem licebit, militiam illam, cum introitu comparari volo. Quæsitum est, si Sempronius eam militiam sibi comparaverit, an pretium ejus, sed & id, quod pro introitu erogari solet, ex causa fideicommissi ab hæredibus consequi possit.* Et in §. *ult. ejusd. legis.* idem testator liberto militiam his verbis legavit. *Sejo liberto meo militiam do, lego illam, quam militiam, & testator habuit. Quæsitum est, an onera omnia, & introitus militiæ ab hærede sint danda: respondit danda.* Adjuto- 16 res Quæstoris solvebant pro introitu centum solidos *Auth. de adjut. Quæst.* 35. Qui in sacris scriniis militabant, solvebant pro introitu 250. solidos Proximo, & prætereà viginti, aut quindecim solidos Melloproximo, seu Adjutori, pro consuetudine uniuscujusque scrinii *l. unicuique* 7. *C. de prox. sacr. scrin.* Qui domesticorum Præsentalium militiæ adscribebantur, duo millia solidorum Comiti Domesticorum pro introitu solvebant, ut conjecturâ assequi licet ex *l. restituenda* 6. §. *licentiam C. de advoc. divers. Judicum.* Qui in Scholam Protectorum Domesticorum recipiebantur, si propter labores & merita ad eam militiam fuissent evecti, denos quinos solidos sportularum nomine solvere debebant, qui Primatibus distribuebantur; si gratiâ, vel potentiâ, quinquagenos solidos *l. sicuti* 3. *C. Theod. de Domest. & protector.* Consules centum pondo auri *l.* 2. *C. de Consul.* Contrà patronus fisci nihil pro introitu solvisse videtur *l. petitionem* 13. *vers. quando C. de advoc. divers. judicior.* Cùm autem hæc pecuniæ summa pertineret ad eos, qui erant ejusdem militiæ, idcircò J. C. in *l Lucius Titius* 22. *ff. de leg.* 2. *ait. Lucius Titius in testamento suo Publio Mævio militiam suam reliquit, sive pecuniam ejus, quæcumque redigi ex venditione ejus potuerit, cum suis commodis.* Hæc erant 17 commoda militiæ: nisi quis malit hæc interpretari de salariis, quæ milites à privatis consequebantur, de quibus in *l. creditor* 52. §. *inter. ff. de act. empt.* cujusmodi erant sportulæ, quas Apparitores à litigantibus consequebantur *l. omnes* 33. §. *executoribus C. de Episc. & Cleric. l.* 1. *& tot. tit. C. de sportul.* §. *tripli Instit. de action.* Ad hæc eadem onera, summamque pecuniæ, quæ pro introitu solvebatur, alludere videntur Jurisconsulti in *l. quæ utiliter. in princ. ff. de negot. gest.* in *l.* 1. §. *sed an id* 16. *ff. de collat.* in *l. Publius Mævius* 36. *in princ. ff. de condit. & demonstr. l.* 6. §. 1. *ff. de decurion.* in *l. si sponsus* 5. §. *si mulier* 17. *de don.*

int. vir. & uxor. in *l. ult. ff. de petit. hered.* Qui enim aliquem Magistratum inibant, aut Sacerdotium suscipiebant, sportulas dare solebant. Plin. *ad Trajan. ep.* 113. 114. & *ep.* 117. *Qui virilem togam sumunt, vel nuptias faciunt, vel ineunt Magistratum, vel opus publicum dedicant, solent totam bu-*
18 *len, atque etiam è Plebe non exiguum numerum vocare, binosque denarios, vel singulos dare.* Sidon. *epist.* 6. *lib.* 8. de Consule Asterio, consulatum suscipiente: *Itaque ut primùm brevi peracta, nec brevis sportula, datique fasti. &c.* Sed cùm hæ pecuniæ spargerentur in vulgus à Consulibus, constitutum est, ut ab illis centum pondo auri præstarentur pro introitu ad instaurationem aquæductuum *l.* 2. *C. de Consul.* Quod & aliàs factum est, ut hæ pecuniæ alicui operi publico destinarentur. Plin. *ad Trajan. epist.* 48. *lib.* 10. *Claudiopolitani quoque in depresso loco, imminente etiam monte, ingens balneum defodiunt magis, quàm ædificant, & quidem ex ea pecunia, quam buleutæ addunt beneficio tuo, aut jam obtulerunt ob introitum.* Illud animadversione dignum est, quod militia acquisita pecuniâ patris confertur à liberis *l. illud. penult. C. de collat.* Nam & ea imputatur in legitimam, exceptâ militiâ Silentiariorum *l. omnimodò* 30. §. *ult. C. de inoff. testam* At verò id, quod pater dedit nomine dignitatis, hoc est, ob introitum & impensas, quæ fiunt in dignitate suscipienda, non confertur: hoc enim propter onera dignitatis præcipuum haberi oportet *l.* 1. §. *sed an id.* 16. *ff. de collation.*

Ex his militiis multæ erant in commercio: nam & vendi poterant, & pignori obligari, & legari, atque in hæredes transmitti *l.* 5. *vers. manente C. qui milit. poss. l. omnimodò* 30. §. *ult. C. de inoff. testam. l. ult. C. de pignor. Auth. de exhib. vel introd. reis.* 53. *cap.* 5. *Auth. de æqualit. dot.* 97. *cap.* 4.
19 Hinc toties in Jure nostro mentio militiæ aut venditæ, aut legatæ *l. creditor* 52. §. *inter venditorem ff. de act. empt. l. Lucius Titius* 22. *l. mortuo bove* 49 §. 1. *ff. de leg.* 2. *l. fideicommissa* 11. §. *si servo ff. de legat.* 3. *l.* 3. §. *si quid minori ff. de minor. & nostra l. libertis* §. *ab hæredibus ff. de alim. vel cib. leg.* Ut puta, militia Adjutorum Quæstoris venum poterat centum solidis, ita tamen ut is, qui militiam emebat, & subrogabatur in locum venditoris, electione Quæstoris fieret Adjutor *Auth. de adjutor. Quæstor.* 35. Militia quoque Silentiariorum sacri palatii vendebatur, ut constat ex *l. omnimodò. in fin. C. de inoff. testam.* Procop. in *Histor. arcana*: *Sunt in Imperatoria domo dignioris plane ordinis milites alii, quibus quò majori pretio militia nomina sibi comparant, eo major ab ærario publico solvitur pensio.* Cùm autem venales essent hæ militiæ, quæ dignissimæ erant, dubitandum non est multò magis venales fuisse militias Apparitorum, Scribarum Militiæ etiam Ciceronis tempore vendi cœperant. Id ipse testatur in quinta in Verr. *Ad eos me scribas revoca, si placet: noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum bonis, ac de scenicorum corollariis, cùm decuriam emerunt ex primo ordine explosorum in secundum ordinem Civitatis se venisse dicunt.* Et paulò post: *Mirabimur turpes aliquos esse in eo ordine, quo cuivis pretio licet pervenire?* Scribæ autem erant digniores cæteris Apparitoribus. Igitur multò magis venales erant militiæ aliorum Apparitorum. Quapropter in lege, quam explicamus, jubetur liberto comparari militia, nempè militia Accensorum, Præconum, Viatorum, & aliorum Apparitorum, cui ferè solebant adscribi libertini. Tacit. de libertinorum ordine lib. 13. *Hinc plerumque tribus, decurias, ministeria Magistratibus, & Sacerdotibus, cohortes etiam in Urbe conscriptas, & plurimis Equitum, plerisque Senatoribus non aliunde originem trahi.* M. Tullius *ep. ad Q. Fratrem. Accensus sit eo etiam numero, quo eum Majores nostri esse voluerunt, qui hoc non in beneficii loco, sed in laboris, & muneris, non temerè nisi libertis suis deferebant; quibus illi quidem non multò secùs, ac servis suis imperabant.* Idem in *Orat. pro Cornel. Cajum Publicium Menandrum, libertinum hominem, apud majores Legatos in Græciam proficiscentes interpretem secum habere voluisse.*

Reliqua jam prosequamur. Hæ militiæ in

liberos, & hæredes transferebantur. Neque enim assentior doctissimo Connano, qui putat plerasque militias ad hæredes non potuisse transmitti, licet vendi possent, & obligari. Id enim, quod sciam, nusquam traditum
20 est: imò semper in Jure nostro conjunguntur venditio, & legatum, seu transmissio ad hæredes *l. Lucius Titius* 22. *l. mortuo* 49. §. 1. *de legat.* 2. *l. fideicommissa* 11. §. *si servo ff. de leg.* 3. *l. omnimodò* 30. §. *ult. C. de inoff. test. Novell.* 35. *de adjut. Quæst. Nov.* 53. *de exhibend. reis cap.* 5. *Nov.* 97. *de æqual. dot. cap.* 4. *l.* 7. *junctâ l.* 11. *C. de prox. sacr. scrin.* Neque cuiquam scrupulum injiciat, quod bis hæc duo disjunguntur in *l. ult. C. de pignor.* ibi: *Eam tamen, quæ vendi, vel ad hæredes sub certa definitione transmitti potest.* & infrà: *Militiam, quæ vendi, vel ad hæredes transmitti potest.* Disjunctio illa videtur significare diversas fuisse militias, quæ vendebantur, à militiis, quæ ad hæredes transmittebantur. Sed non ita est: id enim significatur illis verbis: *militia quæ vendi possunt, vel si non sint vendita à vivo militante, ad hæredes ejus transmittuntur.* Ita explicat Justinianus in *l. omnimodò* §. *ult. C. de inoff. testam.* ibi: *Eo quod talis sit militia ut vendatur; vel mortuo militante certa pecunia ad ejus hæredes perveniat.* Hac solà lege evinci potest militias, quæ vendebantur, ad hæredes transiisse. Præsertim quia hæc transmissio plerumque species quædam erat venditionis, ut modò explicabimus.

Doctissimo Viro, ut arbitror, imposuit, quod putavit militias ex casu ad hæredes non potuisse transmitti, quod falsum puto. Nam hæ ipsæ erant, quæ ad hæredes transibant. Rem totam, ut potero, paucis ex-
21 plicabo. Militiæ quæ vendi poterant, ad hæredes, & liberos transferebantur: sed quia hæ militiæ desiderabant operam, & ministerium militantis, & ideò personæ cohærere dicuntur in *l.* 3. §. *si quid minori ff. de minor.* & huic ministerio non semper hæres erat idoneus, idcircò loco hæredis minus idonei alius erat subrogandus idoneus: hic autem qui subrogabatur defuncto vice hæredis, aut liberorum, solvebat hæredi certam pecuniæ summam, quæ vocabatur *casus militiæ.* Constitutum id in *l. si quis in sacris C. de prox. sacror. scrin.* & constat ex *l. omnimodò* §. *ult. C. de inoff. testam.* & ex *Novell.* 97. *de æqualit. dot. cap.* 4. ibi: *& in hoc fiat pactum, ut casu proveniente prior sit solus, qui ad hoc pecuniam credidit, huic solo casui cedere mulierem.* Casus hic, erat illa pecunia, quam modò dicebamus. Et hoc significat Justinianus in *l. ult. C. de pignor.* ibi: *Eam tamen, quæ vendi, vel ad hæredes sub certa definitione transmitti potest.* Sub certa definitione transmittebatur, quia si hæredes essent idonei, & vellent militiæ adscribi, ad ipsos pertinebat: sin minus, casum, seu certam illam pecuniæ summam percipiebant. Et infrà *in ead. l. & post mortem eorum exigere, quod pro iisdem militis pro tenore communi militantium placiti, vel divina sanctionis tale præstautis beneficium, dari solet.* Excipiebatur fisci patronus, quo mortuo, is qui subrogabatur, nihil solvebat liberis defuncti *l. petitionem* 13. *vers. quando C. de advocat. divers. judicior.*

Duo sunt animadversione digna. Primum, quod hæc pecunia ad liberos primum perveniebat etiamsi hæreditatem non adiissent, non quidem titulo hæreditatis, sed privilegii, itemque ad uxorem defuncti, posteà 22
verò ad eum creditorem, qui ad emendam militiam pecuniam dederat, ac denique ad alios creditores, quibus militia erat pignori obligata. *Novell.* 53. *de exhib. reis cap.* 5. *Nov.* 35. *de adjutor. Quæstor. l. si quis in sacris* 11. *C. de prox. sacror. scrinior.*

Alterum est, quòd hæc pecuniæ summa tanta erat, quanta pro introitu dari solebat *l. si quis in sacris* 11. *junctâ l. unicuique* 7. *C. de prox. sacr. scrinior.* observando quod hæc ad illam refertur. Hæc autem tanta erat, 23
quanta vendi poterat militia, *Novell. de adjut. Quæstor.* 35. Itaque ad hæredes pervenire solebat æstimatio ipsius militiæ, quæ ex casu dicebatur, quia quoties substituebatur alius in locum alterius, ille loco cadere dicebatur. *d. Novell.* 35. Itaque casus dice-

batur pecunia, quæ dabatur his, qui loco ceciderant, ea ipsa de causa, quod ceciderant.

His expositis facilius possunt explicari *l. mortuo bove* 49. §. 1. *in fin. ff. de legat.* 2. *l. fideicommissa* 11. §. *si servo ff. de legat.* 3. ex quibus constat, legatâ militiâ videri legatam
24 ejus æstimationem. Nam cùm legatario persolvenda esset æstimatio, si non esset idoneus, aut nollet militare, ut sæpè evenire solebat, æstimatio ipsa legata videbatur. Et ideò in *l. Lucius Titius* 22. *ff. de legat.* 2. accuratus admodùm fuit testator, qui militiam legavit, aut pecuniam, quæ ex venditione ejus redigi posset.

Hinc etiam intelligimus cur in *l. libertis* §. *ab heredibus ff. de alim. legat.* quam explicamus, testator non legaverit liberto militiam, sed voluerit ei militiam comparari. Nam cùm vellet libertum ex militia alimenta suscipere, noluit ei persolvi æstimationem militiæ, sed rogavit Sejum, ut ei militiam emeret, nempè eam, cui esset idoneus, ut indè posset alimenta percipere, in quorum locum ibi militia subrogatur.

Atque ut apertius hoc sit, eâdemque operâ plenam, atque perfectam harum militiarum cognitionem assequamur, adhuc pauca
25 de his subjicienda sunt. His omnibus militibus certum salarium erat constitutum, quod ipsis de publico solvebatur. Plin. *lib.* 31. *cap.* 7. *Sal honoribus etiam, militiaque interponitur: salariis indè dictis, magna apud Antiquos auctoritate, laborumque requies non alio magis vocabulo constat.* Veteres glossæ *annonam, salarium* interpretantur. Constabat enim salarium frumento, vino, oleo, carne, rebusque omnibus, quæ alendo homini sunt necessariæ. Epistola Valeriani de salario Claudii Tribuni: *Huic salarium de nostro privato ærario dabis annuos frumenti modios tria millia. Vini veteris sextarios tria millia quingentos. Olei boni sextarios centum quinquaginta &c.* Alia epist. ejusd. de salario Probi Tribuni: *Huic dari jubebis in salario diurno bubulæ pondo, percinæ pondo sex, caprinæ pondo decem &c.* Et de salario Aureliani: *Sinceritas tua sup adicto viro efficiet, quamdiu Romæ fuerit, panes milicares quadraginta: vini mensalis sextarios quadraginta: porcellum dimidium: gallinaceos duos &c.*

Qui cùm potestate, aut legatione in Provincias proficiscebantur, salarium hoc accipiebant. Cicer. *in Verr. lib.* 4. in princ. *Neminem, qui cum potestate, aut legatione in Provinciam esset profectus, tam amentem fore putarunt, ut emeret argentum; dabatur enim de publico: ut vestem; præbebatur enim legibus. Mancipium putaverunt;* 26 *quo & omnes utimur, & non præbetur à Populo. Sanxerunt ne quis emeret mancipium, nisi in demortui locum.* Ascon. in *Divinat.* ea Ciceronis verba: *frumentum in cellam*: interpretatur frumentum in usus cellæ: hoc est, annonam Prætoris, quæ in frumenti certo numero præbebatur à provincialibus. Ex hac annona Prætor salarium solvebat suis Apparitoribus, nec supra eam aliquid à provincialibus exigere poterat. *l. dei operam* 3. *C. Theod. de offic. judic. omn.* Nec solùm Apparitoribus, & Dignitatoribus, sed & cæteris adminiculis cunctarum dignitatum, & iis qui in sacro palatio, & sacris scriniis militabant, annona præstabatur. *l. annonas omnes* 35. *C. Theodos. de erogat. milit. ann. l. annonas* 15. *C. Justin. de erogat. milit. ann. l. scriniis* 7. *& l. & olim* 11. *C. Theod. de palatin.* Ammian. Marcellin. *lib.* 22. *Evenerat iisdem diebus, ut ad demendum Imperatoris capillum tonsor venire præceptus, introiret quidam ambitiosè vestitus. Quo viso Julianus obstupuit. Ego, inquit, non rationalem jussi, sed tonsorem acciri. Interrogatus tamen ille, quid haberet ex arte compendii: vicenas diurnas, respondit, annonas, totidemque pabula jumentorum, quæ vulgò dictitant capita, & annuum stipendium grave, absque fructuosis petitionibus multis. Unde motus, omnes hujusmodi cum cocis, similibusque aliis eadem accipere penè consuetos, ut parùm sibi necessarios, data, quò velint, eundi potestate, projecit.* Lamprid. *in Alex. Aulicum ministerium in id contraxit, ut essent tot homines in singulis officiis, quot necessitas postularet: ita ut annonas, non dignitatem, acciperent fullones, & vestitores, & pistores,*

& pincerna, *omnes castrenses ministri*, *quemadmodum pestis illa instituerat*; *sed annonas singulas*, *vel binas*. Et paulò post: *Medicus sub eo unus palatinus salarium accepit*, *caeteri omnes*, *qui usque ad sex fuerunt*, *annonas binas*, *aut ternas accipiebant*, *ita ut mundas singulas consequerentur*, *alias aliter*. Annonas, id est, *panes*, ut rectè interpretatur doctissimus Salmasius: nam annona in numero singulari significat frumentum, vinum, oleum, carnem, & alias ejusmodi cellarienses species; in numero verò multitudinis significat panes. Et ideò hîc opponuntur salarium, & annonae. Quamquam etiam in numero multitudinis videntur aliquando continere omnes species annonarias, ut in *l.* 10. 12. 13. 17. 19. 20. 22. 27. 28. 29. 31. 32. 34. 35. *& ult. C. Theodos. de erogat. milit. annon.* Antiquariis etiam ad componendos, reparandosque Bibliothecae Codices Valens Imperator annonas populares caducas jubet impertiri *l.* 2. *C. Theodos. de Stud. liberal. Urb. Rom.* & Magistros liberalium artium, Grammaticos, Oratores, Jurisconsultos, annonas accepisse testatur Cassiod. *lib.* 9. *form.* 21. faciunt ad rem quae idem tradit *lib.* 6. *form.* 22. *& lib.* 12. *form.* 15.

Haec perspicuè scribere, atque enodata diligenter exponere de re obscura, atque difficili, & in vulgus non pervulgata, operae pretium duximus ad explicationem nostrae legis, in qua de militia agitur liberto comparanda. Nunc ad propositum revertamur: totum illud concludi sic licet. Multa concurrunt simul, quî conjecturam hanc facere possimus, ibi militiam pro alimentis legatam fuisse. Libertis à patrono relinqui solebant alimenta. Militia comparanda erat ex eo tempore, cùm amplius non deberet morari cum Sejo. Militia legatis annuis comparatur, cùm sit ejus annuum stipendium: legata autem annua videntur relicta pro alimentis. Ex militia libertus consequitur salarium, annonam, hoc est, ea quae ad ipsum alendum requiruntur. Nam licèt in *l. annonas* 15. *C. de erogat. milit. ann.* jubeantur adaerari annonae, tamen olim in frumento, vino, oleo, &c. solvebantur, ut probavimus. Dubitandum igitur non est, ibi legato militiae contineri alimenta, & favore alimentorum certam aetatem non facere conditionem. Quod demonstrandum proposuimus.

CAPUT XVIII.

AD L. SED ET SI SUSCEPIT 52. §. 1. *ff. de judic.*

SUMMARIUM.

1 *Legatum ubi praestandum?*
2 *Quantitas certo loco circumscripta vicem gerit certi corporis.*
3 *Legatâ tesserâ frumentariâ videtur legata aestimatio. & n.* 9.
4 *Frumentum Populo distributum, & qui praeessent frumentationi.*
5 *Panis distributio: quò loci, & quibus fieret?*
6 *Tessera frumentaria quid: & qua de causa instituta?*
7 *Panis quotidie accipiebatur: frumentum singulis mensibus.*
8 *Tessera extraordinaria qua, & quando data?*
9 *Tesserae in commercio erant.*
10 *Tesserae legatum non extinguitur, si quis tesseram consequatur titulo lucrativo: & quare.*
11 *Tempore Veterum Jurisconsultorum Romae solummodò frumentatio.*
12 *Postea etiam alibi.*

ULpianus in *l. sed & si suscepit* §. 1. *ff. de judic.* ait: *Si libertis suis tesseras frumentarias emi voluerit*: *quamvis major pars haereditatis in Provincia sit*, *tamen Romae debere fideicommissum solvi dicendum est*, *cùm appareat id testatorem sensisse ex genere comparationis.* Diximus suprà de militiis, nunc aliquid dicendum de tesseris frumentariis, ut & aliis multis Juris nostri legibus, & huic praesertim aliquam lucem afferamus, in qua explicanda nihil omninò viderunt veteres Juris Interpretes, Jurisprudentiae antesignani.

Cùm quaeritur ubi praestandum sit legatum, hoc primùm constituitur, ibi praestandum esse, ubi testator voluit *l. cùm res* 47. 1
ff. de leg. 1. Quòd si non constet de voluntate testatoris distinguitur hoc modo. Si lega-

ta sit certa species, veluti certus equus, Stichus, Aretusa; legatum præstandum est ubi sita est illa certa species, nisi dolo hæredis aliò translata sit. *l. quod legatur.* 38. *in princ. ff. de judic. l. sed & si* §. *si ea res ff. eod. l. cùm res legata* 47. *in princ. ff. de legat.* 1. Idemque dicendum si legata sit quantitas certo loco circumscripta *d. l. quod legatur. vers. si adjectam ff. de judic. l. cùm res* §. 1. *ff. de legat.* 1. nam quantitas certo loco circumscripta consideratur tamquàm certum
2 corpus *l. sed si certos* 51. *ff. de legat.* 1. *l. planè* §. *sed si non corpus. cum seq. ff. eod. l. in ratione* 30. §. *certis ff. ad Leg. Falcid.* Quòd si quantitas legata sit, hoc est, res numero, pondere, mensuráve constans, nullo loco circumscripta, aut genus aliquod, præstandum est legatum ubi est hæreditas, vel major ejus pars *d. l. quod legatur* 38. *junctâ l. si fideicommissum* 50. *ff. de judic. l. cùm res* 47. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l. un. C. ubi fideic. pet. oport.*

Legatum tesseræ frumentariæ, magis in quantitate, quàm in corpore consistit *l. Titia Sejo. in princ. ff. de legat.* 2. & cui tessera legatur, æstimatio legata videtur *l. mortuo bo-*
3 *ve* 49. §. 1. *ff. de legat.* 2. Itaque hoc legatum videretur præstandam ubi est major pars hæreditatis. Contrarium tamen respondit JCtus in nostra lege: ait enim hoc legatum Romæ præstandum, etiamsi major pars hæreditatis sit in Provincia: quia apparet id sensisse testatorem ex genere comparationis. Quorsum hæc pertineant, explicandum est, ne cum veteribus Juris Interpretibus existimemus tesseram frumentariam esse genus vasis, quod Romæ solum in usu esset.

Institutum Romæ vetus fuit, ut ad infimam Plebem alendam frumentum publico sumptu distribueretur, quemadmodum aliàs diximus: quò alludit text. in *l.* 2. *in princ. ff. de nundin. & in l.* 1. §. 1. *in fin. ff. de mun.*
4 *& honor.* Cogitavit aliquando Augustus has publicas frumentationes in perpetuum abolere, quod earum fiduciâ cultura agrorum cessaret, non tamen perfecit, quia certum habebat, posse per ambitionem quandoque restitui, teste Sueton. *in August. cap.* 42. Stante adhuc Republicâ ab Ædilibus frumentum distribuebatur. Cæsar duos Ædiles Cereales constituit, qui frumento dividendo præessent *l.* 2. §. *capta* 32. *ff. de Origin. Jur.* Augustus Præfecturam annonæ suscepit, & Duumviros frumenti dividendi creavit, ut refert Dio Cass. *lib.* 54. & Sueton. in *August. cap.* 37. Præfectus annonæ etiam ante interitum Reip. creatus fuerat, sed non nisi extra ordinem urgente annonæ caritate; quare à Pomponio dicitur, eum non esse Magistratum, sed extra ordinem constitutum in *l.* 2. §. *& hæc omnia* 33. *ff. de Orig. Jur.* Frequens ejus in Jure nostro mentio, ut in *l.* 1. §. *sed ex contrario ff. de exercit. action. l. ult. ff. quod cum eo qui in alien. pot. est. l. mulierem ff. de accusat. l. ult. ff. ad Leg. Jul. de annon.* Ejusdem meminit Justinianus in *Novell.* 88. *de deposit. cap.* 2. Erant & Curatores annonæ *l. Imperatores* §. *in locum ff. de appellat.* Nisi fortè ibi Curator annonæ dicitur ipse Præfectus annonæ, cùm ibi constet unicum fuisse. Curatores autem annonæ videntur fuisse, qui ad coëmendum frumentum, & alias species mittebantur *l. ult.* §. *cura ff. de muner. & honor. l. Lucius* 21. *ff. ad municipal. l. ex facto* 30. *ff. de negot. gest.* Frumentarii verò erant, qui Populo frumentum admetiebantur. Extat illud Lucilii

Frumentarius est, modium hic secum, atque rutellum
Unum habet.

Et quia opus hoc plenum laboris erat, idcircò Marcus, & Commodus Imperatores rescripserunt hos à tutelis excusari *l. mensores* 26. *ff. de excusat.*

Aurelianus Imperator pro frumento panes dividere cœpit. Vopisc. *in Aurel. Aurelianum eo tempore, quo proficiscebatur ad bellum Orientale, bilibros coronas Populo promisisse, si victor rediret. Et cùm aureas Populus speraret, neque Aurelianus aut posset, aut vellet, coronas eum fecisse de panibus, qui nunc siliginei vocantur, & singulis quibusque donasse, ita ut silligineum suum quotidiè toto ævo suo, & unusquisque reciperet, & posteris suis dimitteret. Nam idem Aurelianus &*

porcinam carnem Populo distribuit, quæ hodieque dividitur. Et paulò infrà: *Statuerat & vinum gratuitum Populo Romano dare, ut quemadmodum oleum, & panis, & porcina gratuita præberentur, ita etiam vinum daretur.* Erant igitur hi panes bilibres, quibus postea unciam addidit de Ægyptio vectigali, ut idem gloriatur in epistola ad Præfectum annonæ Urbis. Addiderunt & alii alias uncias, alii ademerunt. Imperat. Valentin. in *l. 8. C. Theodos. de pane gradil. Civis Romanus, qui in viginti panibus sordidis, qui nunc dicuntur Sardinienses, quinquaginta uncias comparabat, triginta & sex uncias in buccellis sex mundis sine pretio consequatur.*

Vocabantur hi panes civiles *l. ult. §. ult. C. de jur. dot. l. ult. C. de quadr. præscr.* seu civiles annonæ *l. jubemus* 14 *C. de S. cros. Eccles. l. un. §. cùm autem. in fin. C. de rei uxor. action. l. hac edictali §. his illud C. de secund. nupt. Novell.* 88. *de deposit. cap.* 2. Annona enim in numero multitudinis panes significat. Appellabantur etiam *panis gradi-*
5 *lis*, quia in gradibus distribuebatur *l. 2. l. 3. & 4. & tot. tit. C. de annon. civ. & pan. gradil.* An in gradibus Amphitheatri, vel Circi maximi distribueretur, non satis constat. Multitudo accipientium Circo maximo potius convenire videtur, quàm Amphitheatro: idque non obscurè videtur indicare Ammian. Marcell. *lib.* 28. qui infimam Plebem sic incusat: *Hi omnes, quod vivunt, vino, & tesseris impendunt, & lustris, & voluptatibus, & spectaculis, eisque templum, & habitaculum, & concio, & copia eorum, & spes omnis Circus est maximus.* Hac de re disputat accuratè Salmas. *in Vopisc. Aurelian.* ubi etiam notat Heraclio imperante sublatam fuisse hanc erogationem civilium annonarum.

Non tamen omnes Cives hoc frumentum, aut panes accipiebant, sed tenuiores tantummodo, quorum nomina in tabulis publicis incidebantur. Senec. *lib. 4. de benef. cap.* 28. *Frumentum publicum tàm fur, quàm perjurus, & adulter accipiunt, & sine discrimine morum quisquis incisus est.* Sueton. *in Cæsar. cap.* 41. *Recensum Populi nec more, nec loco solito, sed vicatim per dominos insularum egit, atque ex viginti trecentisque millibus accipientium frumentum è publico, ad centum quinquaginta retraxit. Ac ne qui novi cœtus recensionis causâ moveri quandoque possent, instituit quotannis in demortuorum locum, ex his, qui recensiti non essent, subsortitio à Prætore fieret.* Plin. *in Panegyr. ad Trajan. Datum est iis, qui post Edictum tuum in locum erasorum subditi fuerant, æquatique sunt cæteris illi etiam, quibus non erat promissum.* Et paulò infrà: *Tu ne rogari quidem sustinuisti, & quamquam lætissimum oculis tuis esset conspectu Romanæ sobolis impleri, omnes tamen antequàm te viderent, recipi, incidi jussisti, ut etiam inde ab infantia parentem publicum munere educationis experirentur.* Et deindè: *Dent tibi, Cæsar, ætatem Dii, quam mereris, serventque animum, quem dederunt, & quanto majorem infantium turbam iterum atque iterum incidi jubebis?* Lamprid. *in Antonin. Diadum. Vellem, Quirites, jam præsentes essemus. Antoninus vester vobis congiarium sui nominis daret. Daret prætereà & pueros Antoninianos, & puellas Antoninianas, quæ tam grati nominis gloriam propagarent.* Rectè Salmasius emendat: *incideret prætereà.*

Qui incisi erant tesseram frumentariam accipiebant; nempè signum quoddam in sphærula lignea, vel lignea tessera, quam κάλαιον & καλάμιον Græci vocant, & Justinian. in *Novell.* 88. *cap.* 2. ψήφους has tesseras vocat. A Xiphilino dicuntur *parvi orbes* 6
lignei inscripti. Distribuebat hasce tesseras Annonæ Præfectus *d. Novell.* 88. *cap.* 2. ἢ καὶ ψήφους πορίζομένους παρά του τῶν ἀννωνῶν ὑπάρχου, hoc est, *& tesseras accipiunt à Præfecto annonæ.* Acceptis tesseris, iisque ostensis frumentum accipiebant, quod ipsis frumentarii mensores admetiebantur: aut accipiebant panem, eo tempore quo panis distribui cœpit. Hinc apud Themist. *Orat.* 4. καλαμηφορεῖς illi dicuntur, qui panem, aut frumentum accipiebant, qui id accipere non poterant, nisi tesseram attulissent, ac protulissent.

Sciendum autem est, quod panis quoti- 7
diè distribuebatur, ut constat ex superioribus,

bus, unde à Græcis, & Latinis panis, ac cibus diurnus appellabatur, & quidem primo manè: quare à Themistio *in d. Orat.* 4. dicuntur matutini tesseras ferre, qui panem accipiebant. At verò frumentum singulis mensibus dividebatur, & tesseræ dabantur. Sueton. *in August. cap.* 40. *Ac ne plebs frumentationum causâ frequentius à negotiis avocaretur, ter in annum quaternum mensium tesseras dare destinavit, sed desideranti consuetudinem veterem concessit rursus, ut sui quisque mensis acciperet.* At Valentinianus, & Valens Imperatores tesseras sustulerunt, & constituerunt ut pro tesseris titulus æneus in gradibus figeretur, in quo nomen percipientis, & panis modus incideretur *l. Cives Romanos* 5. *in fin. C. Theodos. de annon. civic. & pan. gradil.*

Illud etiam monendum est, hasce tesseras aut ordinarias fuisse, aut extra ordinem. Ordinarias appello eas, quæ dabantur illis, qui in tabulis publicis incisi erant, & adscripti in numerum accipientium frumentum,
8 de quibus hactenus diximus. Extra ordinem appello eas, quæ inter missilia à Consulibus, & Imperatoribus conjiciebantur in vulgus. Sueton. *in Neron. cap.* 11. *Sparsa & Populo missilia omnium rerum per omnes dies: singula quotidiè millia avium cujusque generis, multiplex penus, tesseræ frumentariæ, vestis, aurum, argentum, gemmæ, margaritæ, tabulæ pictæ, mancipia, jumenta, atque etiam mansuetæ feræ, novissimè naves, insulæ, agri.* Immanis hæc Neronis prodigentia. Spargebant & Consules missilia in vulgus §. *hoc amplius Inst. tit. de rer. divis. l. qua ratione* §. *hoc amplius ff. de acquir. rer. dom. l. nec emptio* §. *aliquando ff. de contr. empt.* & in his tesseras omnis generis. Sustulit hanc sparsionem Marcianus Imperator in *l.* 2. *C. de Consul.* Restituit eam Justinian. *Nov.* 105. *de Consul. cap.* 2. Sustulit eam Leo Imperator *Novell.* 94. Constantinus Magnus in suo Consulatu tesseras projecit, quibus Populo diurnos panes per singulos annos, & vinum, & oleum, & carnem largitus est, quibus multis annis Populo frui datum est, teste Codino, & Suida. Aliquando etiam Imperatores congiarii nomine frumentum Populo dividebant. Sueton. *in Cæsar. cap.* 38. *Populo præter frumenti denos modios, ac totidem olei libras, trecenos quoque nummos, quos pollicitus olim, viritim divisit, & hoc amplius centenos pro mora.* Id. *in August. cap.* 41. *Frumentum quoque in annonæ difficultate sæpè levissimo, interdum nullo pretio viritim admensus est, tesserasque nummarias duplicavit;* fortassè, *frumentarias.*

Tesseræ frumentariæ vendi poterant, ut testatur Juvenalis illo versu:

Summula ne pereat, qua vilis tessera venit
Frumenti.

Et annonas vendi potuisse constat ex *l. hâc* 9
edictali §. *illud C. de sec. nupt. ex l.* 1. *C. de annon. civil.* Itaque in nostra *l. sed & si susceperit* 52. §. 1. *ff. de judic.* testator libertis suis tesseram frumentariam emi voluit. Quoniam verò in tessera non consideratur orbiculus ille ligneus, cujus nullus est valor, si ex se consideretur; sed frumentum, quod tesserâ illâ consequi possumus, seu æstimatio ejus, idcircò tesseræ fideicommissum non tàm in corpore, quàm in quantitate consistit *l. Titia Sejo* 87. *in princ. ff. de leg.* 2. & tesserâ legatâ, ejus æstimatio videtur legata *l. mortuo bove* 49. §. 1. *ff. eod. tit.* Quamobrem licèt legatum extinguatur, quoties legatarius ex causa lucrativa rem legatam consequitur §. *si res aliena Inst. tit. de legat. l. nutu* §. 1. *ff. de legat.* 3. *l. si servus* 108. §. *Stichum* 4. *ff. de legat.* 1. *l. omnes* 17. *ff. de oblig. & act.*
hoc tamen legatum non extinguitur, si le- 10
gatarius tesseram frumentariam ex causa lucrativa habere cœperit *l. Titia Sejo* 87. *in princ. ff. de legat.* 2. Est enim diversa ratio speciei, & quantitatis. Species certa est, & semel tantum præstari potest, & iniquum est eam rem petere, quam sine ullo tuo incommodo jam obtinuisti. Quantitas totum genus comprehendit, & bis præstari potest, & petitur alia quantitas, non ea, quam quis est consecutus *l. planè* 34. §. *sed si non corpus ff. de legat.* 1. *l. Mevius ff. de legat.* 2. Itaque rectè concurrunt duæ causæ lucrativæ,

quia non concurrunt in eamdem rem : non est enim corpus idem, non eadem species, licèt sit eadem quantitas.

Superest ut explicemus cur hoc legatum sit Romæ præstandum. Legatum præstandum est ubi testator voluit *l. cùm res* 47. *ff. de legat.* 1. vel ubi verisimile est eum voluisse *d. l. cùm res.* Qui legat tesseram frumenta-
11 riam, vult Romæ præstari legatum. Apparet id sensisse testatorem ex genere comparationis *d. l. sed & si susceperit* §. 1. *ff. de judic.* Quid ita? Quia tessera frumentaria Romæ solummodò comparari potest, quia Romæ solummodò frumentatio. Rectè Appian. τὸ σιτηρέσιον ἐν μόνῃ τῇ Ῥώμῃ τοῖς πένησι χορηγούμενον, *frumenti distributio solum Romæ pauperibus fiebat.* Non ignoro Trajanum multa elargitum fuisse ad alendos liberos etiam in Italia. Refert enim Dio eum multa gratificatum fuisse Civitatibus in Italia ad liberorum educationem. Et Spartianus memoriæ prodidit Julianum alimentorum curam in Italia meruisse. Et Capitolin. *in Pertin. Post in Mæsia rexit alam, deindè alimentis dividendis in via Æmilia procuravit.* Sed hæc in Italia præstabantur, non in Provinciis, & puerorum alendorum gratiâ, quod auctum postea est à Constantino, qui parentibus egenis ad filios alendos ubique publica alimenta præstari jussit *l.* 1. *&* 2. *C. Theod. de aliment. quæ inop. parent.*

Hæc autem obtinebant tempore veterum Jurisconsultorum. Etenim Constantinus ædificatâ Constantinopoli frumentationem ibi
12 instituit, & ad Urbem amplificandam ædibus annonas adsignavit, quæ ædes sequebantur *l.* 1. *l. annonas* 11. *l. si quæ speciatim.* 12. *cum seqq. C. Theodos. de annon. civic. & pane gradil.* Præterea in suo Consulatu tesseras sparsit, ut suprà diximus. Et de annonis, quæ hominibus debebantur, agitur in *l.* 8. *C. Theod. de annon. civic.* Itaque Socrates refert Constantinum Constantinopoli octoginta millia modiorum quotidiè distribuisse, quæ Constantinus ejus filius ad quadraginta millia redegit, iratus propter Hermogenis necem Socrat. *lib.* 2. *histor.* Immensa profectò summa frumenti, nisi eam de panibus interpretari malimus : non tamen id est incredibile, cùm paulò minor summa referatur ab Ælio Spartiano *in vita Severi. Moriens septem annorum canonem, ita ut quotidiana septuaginta quinque millia modiorum expendi possent, reliquit.* Idem Constantinus Alexandriæ etiam frumentationem instituit, ut refert Id. Socrat. Et Julianus frumenti modum assignavit Antiochensis, ut ipse testatur in *Misopog.* Omitto, quod Puteolanis quoque ad alendos pauperes annua centum, & quinquaginta millia modiorum erant assignata. Itaque his temporibus ex genere comparationis non potuisset apparere, testatorem voluisse legatum tesseræ Romæ præstari, quemadmodum constabat tempore Ulpiani Jurisconsulti ex *d. l. sed & si* §. 1. *ff. de judic.*

CAPUT XIX.

AD L. PATRONUS 35. *in princ. ff. de legat.* 3.

SUMMARIUM.

1 *Quid sit emere tribum?*
2 *Tribus, & tribules qui?*
3 *Cur tenuiores homines tribûs nomine vocarentur?*
4 *Tribûs nomen quot modis accipiatur : & quomodò hîc accipiendum.*
5 *Cur Patroni libertis tribum compararent.*
6 *Quæ essent commoda tribûs.*
7 *Quæ Principum liberalitates. Congiarium Populo datum.*
8 *Legata Principum.*
9 *Eorumdem donationes.*
10 *Clarissimi sunt Senatores.*
11 *Quando legatum debeatur quod quis capere non potest.*
12 *Legatâ tribu videtur legata æstimatio : & quare?*

Alia semper ex aliis occurrunt. Dictum de tesseris frumentariis : dicendum aliquid de tribu, ad explicationem *l. patronus* 35. *in princ. ff. de legat.* 3. in qua exponenda meras nugas garriunt Veteres Interpretes, non quidem suâ, sed sæculi culpâ. Quis enim eorum scientiam, atque doctrinam assequi se posse confidat? Verba legis

hæc ſunt : *Patronus liberto ſtatim tribum emi petierat. Libertus diu moram ab herede patroni pa us eſt, & decedens heredem reliquit clariſſimum Virum. Quæſitum eſt, an tribûs æſtimatio heredi ejus debeatur. Reſpondit, deberi. Idem quæſiit, an & commoda, & principales liberalitates, quas libertus ex eadem tribu uſque in diem mortis ſuæ conſecuturus fuiſſet, ſi ei ea tribus ſecundum voluntatem patroni ſui tunc comparata eſſet; an verò uſuræ æſtimationis heredi ejus debeantur. Reſpondi, quicquid ipſe conſecuturus eſſet, id ad heredem ſuum tranſmittere.* Tria hic explicanda. Quid ſit tribum emere : quæ ſint commoda, & principales liberalitates : cur proponatur inſtitutus Vir clariſſimus.

A primo ordiamur. Tribus emptas fuiſſe, quantum meminerim, apud Latinos Aucto-
1 res nuſquam legi. Itaque quod potui conjecturâ conſequi, id exponam, & opinionem meam Doctorum judicio ſubjiciam, non ut eos in meam ſententiam traham, ſed ut incitem ad indagandam veritatem. Exiſtimo igitur emere tribum eadem ſignificatione dici, quâ *emere decuriam* dixit Cicer. 3. *in Verrem.* Verba Ciceronis ſunt : *Ad eos me ſcribas revoca. Noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum donis, ac ſcenicorum corollariis cùm decuriam emerunt, ex primo ordine exploſorum, in ſecundum ordinem Civitatis ſe veniſſe dicunt.* Primus ordo exploſorum, tribus; ſecundus ordo Civitatis, decuriæ ſcribarum. Sueton. *in Auguſt. cap. 57. Veterani, decuriæ, tribus, atque etiam ſingulatim è cætero genere hominum libentes, ac pro facultate quiſque pecunias contulerunt.* Tacit. *lib. 13. Annal. Hinc plerumque tribus, decurias, miniſteria Magiſtratibus, &c.* Loquitur autem de libertinis. Erant enim ſcribæ in decurias diviſi. Sueton. *in Claud. cap. 1. Corpus ejus per Municipiorum, Coloniarumque Primores, ſuſcipientibus obviis ſcribarum decuriis, ad Urbem devectum.* De his decuriis mentio fit in *l. mortuo ff. de fidejuſſ.* in *l. 3. §. à municipibus ff de bonor. poſſeſſ.* in *l. ſi quis mihi 25. §. 1. ff. de acquir. vel om. hered.* Quemadmodum igitur decuriam emere dicebantur, qui pretio adſcribebantur decuriis ſcribarum: ita tribum emere dicebantur; qui pretio adſcribebantur tribubus; hoc eſt, recenſebantur inter Cives frumentum de publico accipientes, & inſerebantur numero Civium, quibus publica alimenta miniſtrabantur.

Tribûs nomen etſi ad omnes pertineret; ſæpè tamen ad demonſtrandam infimam Plebem, & eos, qui publicâ liberalitate ſuſten- 2
tabantur, Veteres uſurpabant, & à Populo diſtinguebant. Sueton. *in Auguſt. cap.* 101. *Legavit Populo Rom. quadringenties, tribubus tricies quinquies H. S.* Non ignoro Lipſium in *Elect. cap. 12. lib. 1.* emendare *tribulibus.* Sed neceſſe non eſt : nam & Plin in *panegyr.* diſtinguit. *Niſi verò leviter attingi placet locupletatas tribus, datumque congiarium Populo.* Martial. *lib. 8. ep. 15.*

Dat Populus, dat gratus Eques, dat thura Senatus,
Et libant Latiæ tertia dona tribus.

Claudian. in VI. *Conſul. Honor.*

— tecum prælarga vocavit.
Ditandas ad dona tribus.

Plin. *in Panegyr.* de pueris frumentationi adſcriptis. *Ex his caſtra, ex his tribus replebuntur, ex his quandoque naſcentur, quibus alimentis opus non ſit.* Aſcon. *in Milon.* de Milone Conſulatum petente : *Apertè quoque tributim in ſingulos millia æris dedit.* Hinc ſæpè dicuntur tribules pauperes homines. Horat.

Ut cum pileolo ſoleas conviva tribulis.

Martial. *lib. 9. ep. 50.* de toga lacera, ac detrita :

Nunc anus, & tremulo vix accipienda tribuli.

Et alibi :

Nec pallens toga mortui tribulis.

Qua de cauſa id factum exiſtimem, paucis aperiam. Erant tribus urbanæ, erant & tribus ruſticæ. Urbanæ tribus erant Suburana,

Esquilina, Collina, Palatina. Urbanæ tribus per excellentiam tribus appellabantur: tùm quia erant partes ipsius Urbis, rusticæ verò partes agri Romani: tùm quia initio nobiliores erant, & in illis adscripti, qui Urbem incolebant. Cùm autem postea nobiles homines in tribus rusticas transcriberentur, & Fabius Censor omnem forensem turbam excretam in quatuor tribus urbanas conjecisset, cœpit ignominiæ, ac probro
3 esse in his tribubus censeri: in his enim solummodò humiles homines, ac pauperes, & libertini censebantur, ut constat ex historia Romana. Quo factum, ut tribûs nomine id genus hominum sæpè significaretur: maximè quia hæc turba dicebatur *sine nomine.* Eleganter Manil. *Astron. lib.* 5. *sub finem*: Populum Romanum dividens primùm nominat Patres, secundò Equestrem Ordinem, tertiò Populum: atque his addit vulgus iners, & sine nomine turbam, quæ ideò generali nomine tribûs appellabatur. Quare etiam Plebs, aut Plebs urbana appellabatur, licet Plebis nomen omnes comprehenderet præter Patritios, & Senatores. Sæpè eam sic appellat Cicero, veluti pro *Milon.* & *in Rull.* & Sallustius *in conjurat.* & sæpissimè Tacitus.

Cætera prosequamur. Appositè Gellius nos monet *lib.* 18. *cap.* 7. tribum, & pro loco, & pro jure, & pro hominibus dici. Pro jure certè accipitur in nostra lege, quam
4 explicamus. Et quod jus erat tempore Scævolæ Jurisconsulti, quo tempore Populus suffragium amplius non ferebat? nullum certè aliud, quam percipiendi publica alimenta, & commoda, & Principum liberalitates, ut indicat in *d. l.* Jurisconsultus. Itaque sic concludi licet. Tribûs nomen præcipuè conveniebat tenui, atque humili turbæ, quæ publicâ liberalitate pascebatur. Tribûs nomen significat jus illud, quod in tribus descripti obtinebant. Nullum ferè aliud jus tribuum erat eo tempore, quàm percipiendi publica alimenta. Ergò tribum emere significat inseri numero Civium, qui publica liberalitate fruebantur: seu emere jus illud percipiendi publica emolumenta. Neque enim omnes Cives hæc percipiebant, sed illi solum, qui in tabulis publicis incisi erant.

Curabant autem Patroni, ut liberti sui hoc jus consequerentur, vel ut ipsi perciperent emolumentum, vel ut liberti alimenta. Tacit. *lib.* 13. *Annal.* de libertinis. *Quippe latè fusum id corpus: hinc plerumque tribus, decurias, ministeria Magistratibus, & Sacerdotibus, cohortes etiam in Urbe conscriptas.* Itaque notat Dionys. Halicarn. *lib.* 4. multos hac de causa manumissos fuisse, ut frumentum menstruum publicè distributum, & Principum liberalitates consequerentur, id- 5
que totum patroni lucrarentur. Et Sueton. *in August. cap.* 41. *Cùm proposito congiario multos manumissos, insertosque Civium numero comperisset, negavit accepturos, quibus promissum non esset.* Observa, non solum manumissos, sed etiam insertos Civium numero: eorum scilicet, qui congiarium erant accepturi. Antoninus autem Philosophus etiam pueros, & puellas libertinorum inseruit. Sic enim interpretor verba Capitol. *in ejus vita*: *Ob hanc conjunctionem pueros, & puellas novorum hominum frumentariæ perceptioni adscribi præceperunt.* Novos homines eleganter appellat libertinos: nam antequam manumitterentur homines non erant; certè tamquam homines non considerabantur cùm servi essent, qui pro nullis habentur *l. quod attinet ff. de Reg. Jur. l.* 1. *ff. de jure deliber. l. nullo* 7. *ff. ad Leg. Corn. de fals. l. intercidit* 59. *in fin. ff. de cond. & dem.* Antea Trajanus pueros frumentariæ perceptioni adscribi jusserat, sed solum purioris sanguinis, & ex quibus aliquando nasci possent, qui alimentis non indigerent, ut refert Plinius. Antoninus autem etiam pueros, & puellas libertinorum adscribi jussit. Non ignoro magnam esse inter Doctissimos Homines dissensionem, & à plerisque hunc locum emendari, ideò meam sententiam exposui. Ad rem redeo. Libertinos accepisse frumen- 6
tum ostendit illud Persii:

Libertate opus est, non hac, ut quisque Velina.

Publius emeruit, scabiosum tesserula far Possidet.

Non ante tamen accipiebant, quàm in aliquam tribum relati essent. Quare non sine causa Persius addidit *Velina*, quod est nomen tribûs; & eadem de causa patronus in nostra lege tribum liberto comparari jubet.

Veniamus jam ad id, quod secundo loco proposuimus explicandum. Cummoda tribûs erant frumentum, oleum, caro, quæ ex publica liberalitate percipiebat infima Plebs, ut exposuimus capite superiore.

Inter Principum liberalitates primum recenseo congiarium, quod frequenter à Prin-
7 cipibus Populo dabatur. Sueton. *in Cæsar. Cap.* 38. *Populo præter frumenti denos modios, ac totidem olei libras, trecenos quoque nummos, quos pollicitus olim, divisit: & hoc amplius, centenos pro mora.* Id. *in Aug. cap.* 41. *Congiaria Populo frequenter dedit, sed diversa ferè summa: modo quadringenos, modo tricenos, nonnumquam ducenos, quinquagenosque nummos.* Spartian. *in Hadrian. Ad comprimendam de se famam congiarium duplex præsenti Populo dedit: ternis jam per singulos aureis se absente divisis.* Lamprid. *in Alex. Sever. Congiarium Populo ter dedit: donativum militibus ter: carnem Populo addidit.* De eodem testatur Dio, eum, cùm decennalia imperii celebraret, prætorianis militibus, & Populo, frumentum accipienti, decem aureos viritim divisisse. Lamprid. *in Commod. Congiarium dedit Populo, singulis denarios septingenos vicenos quinos.* Hæc exempli causâ decerpsimus, sed his plena est Historia.

Secundò recenseo legata Principum. Sueton. *in Cæs. cap.* 83. *Populo hortos circa Tibe-*
8 *rim publicè, & viritim trecenos sestertios legavit.* Id. *in Aug. cap.* 101. *Legavit Populo Rom. quadringenties, tribubus tricies quinquies H. S.* Id. *in Tiber. cap. ult. Dedit & legata plerisque, inter quos Virginibus Vestalibus, ac militibus universis, Plebique Romæ viritim, atque separatim vicorum Magistris.*

Denique erant & quædam donationes extra ordinem. Suet. *in Aug. cap.* 40. *Comitiorum quoque pristinum jus reduxit, ac multiplici pœnâ coërcito ambitu Fabianis, &*
Scaptiensibus, tribulibus suis, die comitio 9
rum, ne quid à quoquam candidato desiderarent, singula millia nummûm à se dividebat.

Superest id, quod tertio loco proposuimus. Puto J. C. declarasse à liberto institutum clarissimum Virum, quia hoc poterat alicui contrarium suadere. Clarissimi Viri erant Senatores, ut constat ex historicis, & *ex l.* 2. *§. sed Senatores C. de his qui ven. æt. impet. ex l. fœmina ff. de Senator. ex l. un.*
C. de Equestr. dign. lib. 12. Senatori tribus 10
comparari non potest: itaque videbatur intercidisse legatum argum. text. in *l. mortuo bove §. Labeo ff. de legat.* 2. *l. multum interest* 34. *ff. de V. O. l. cùm servus* 39. *§. ult. ff. de legat.* 1. Nihilòminus respondit Scævola deberi æstimationem tribûs. Duæ autem sunt rationes. Prima, quia licet Senator tribum consequi non possit, aut nolit, tamen est in ejus commercio, eamque solum capere non potest propter suam conditionem, quo casu debetur æstimatio *l. filiusfam.* 114. *§. si quid alicui ff. de leg.* 1. *l. sed si res aliena* 40. *ff. de legat.* 1.
Alia ratio est, quia ex iis, quæ diximus, 11
legatum tribûs simile est legato militiæ, vel tesseræ frumentariæ. Atqui his legatis æstimatio continetur *l. mortuo bove* 49. *§.* 1. *ff.*
de legat. 2. & etiamsi incapaci relicta sint, 12
tamen legatum sustinetur *l. fideicommissa* 11. *§. si servo ff. de legat.* 3.

CAPUT XX.

AD L. IN ILLA STIPULATIONE, 8. *ff. de Verb. obligat.*

SUMMARIUM.

1 *Dies adjectus conditioni an differat exactionem?*
2 *Conditionum quot genera, & quod earum discrimen.*

3 Dies adjectus conditioni promissua differt solutionem.
4 In stipulatione facti nihil peti potest ante diem adjectum: nec antè committitur stipulatio.
5 Affertur ratio.
6. 7 Exponitur text. in l. si in lege 24. §. si domus, & in l. dominus ff. loc.
8 Cur in locatione exigi possit pensio totius temporis, etiam ante lapsum temporis, si conductor re amplius uti nolit.
9 Exponitur l. 2. §. qui ita stipulatur ff. de eo quod certo loc.
10 Exponitur l. si in lege 24. §. colonus ff. loc.
11 Locator statim tenetur si non patiatur frui conductorem.
12 Exponitur l. si ita fuerit 41. § si, ff. de man. test.
13 Exponitur l. si quis hæres 72. ff. de acquir. vel om. hæred.
14 Exponitur text. in l. cùm stipulatus 113. & in l. ita stipulatus 115. § 1. ff. de V. O.
Pœna quando committi dicatur?

Diximus de die, qui adjicitur dispositioni ad differendam solutionem. Dicendum est modo de die, qui adjicitur
1 conditioni. Dies conditioni adjicitur, cùm præscribitur certum tempus, quo existere debeat conditio adjecta dispositioni. Ut putà: *lego Titio centum, si intra biennium navis ab Asia venerit. Si Calendis Stichum non dederis, decem dare spondes?* Diem adjectum dispositioni differre actionem non dubitatur, ut aliàs diximus *l. si in annos 49. ff. de cond. & dem. l. si dies ff. quan. di. leg. ced. §. omnis Instit. tit. de V. O. l. qui hoc anno 42. ff. eod.* Potest igitur dubitari an etiam dies adjectus conditioni differat exactionem, & solutionem: hoc est, an, si conditio ante diem existat, statim peti possit id, quod debetur, an verò dies nihilòminus sit expectandus. Finge navem venire ex Asia ante biennium: quæritur an statim peti possint centum, an post lapsum biennii: Finge Stichum ante Calendas mortuum esse: quæritur an statim peti possint decem, an Calendæ sint expectandæ. Hac de re agitur in *l. in illa* 8. & in *l. hoc jure* 19. *ff. de verb. obl.* Utramque explicare constituimus.

Interpretes nostri statuunt tria esse genera conditionum, casuales, potestativas, & mixtas. Paulus in *l. si jam facta* 11. § 1. *ff. de cond. & dem.* duo genera recenset: *promiscuas*, & *non promiscuas*. Promiscuæ sunt, 2
quæ à Nostris potestativæ appellantur, quasi obviæ, & quæ passim, & facilè possunt impleri; non promiscuæ sunt casuales, & mixtæ, quas omnes Veteres uno genere comprehendebant, quia omnes in casum collatæ sunt. Si conditio sit promiscua, hoc est in potestate, impletâ conditione ante diem nihilominùs dies est expectandus *l. in illa stipulatione* 8. *ff. de V. O.* si non sit promiscua, hoc est, in casu consistat, impletâ conditione dies non est expectandus *l. hoc jure* 10. *ff. de V. O.*

Dicamus primùm de conditione promiscua. Etiamsi ante diem impleatur hæc conditio, tamen nihil ante diem peti posse constat ex nostra *l. in illa stipulatione* 8. *de V. O.* Ibi quidam promiserat se daturum decem, si Calendis Stichum non dedisset. Stichus ante Calendas mortuus est. Constat 3
promissorem non daturum Stichum Calendis: & tamen ante Calendas nihil peti potest. Nam licèt quoad conditionem committi videatur stipulatio statim à morte Stichi *l. ita stipulatus* 115. §. 1. *ff. eod.* superest tamen dies, qui omninò est expectandus.

Confirmatur hæc sententia in *l. insulam ff. eod. tit.* Quidam promiserat se ædificaturum insulam intra biennium. Quamvis teneatur in id, quod interest, si non ædificaverit. *l. si pœnam* 68. *l. stipulationes non dividuntur* 72. *in princ. vers. Celsus. l. si quis stipulatus* 112. §. *ult. l. si fundum* 114. *ff. de verb. oblig. l. 1. ff. de action. empt. l. si quis ab alio* 13. *in princ. ff. de re judic.* Tamen ante 4
biennium nihil peti potest, quamvis tantum residui temporis supersit, quo certum sit ædificium amplius ædificari non posse.

Item in *l. si eum* §. 1. *ff. si quis caution.* ibi: *Homo sisti promissus ante diem dolo promissoris perit: certo jure utimur, non ante pœnam peti posse, quàm dies venerit: tota enim stipulatio in diem collata videtur.*

Item in *l. item quæritur* 13. §. *si lege ff. locat.* ibi: *Si lege operis locandi comprehensum esset, ut, si ad diem effectum non esset, relocare liceret: non ante relocari id potest, quàm dies efficiendi præterisset.*

Posset etiam confirmari ex *l. stipulationes 72. §. 1. ff. de verb. oblig.* sed ibi adjecta erat particula *tum*, quæ temporis extremitatem significat *l. 4. §. 1. ff. de condit. & demonstr.*

Ratio autem ea est, quod tota obligatio sub conditione, & in diem collata est, & impletâ conditione dies tamen superest *l. in*
5 *illa 8. ff. de verb. oblig.* Nam cùm creditor voluerit debitori tempus concedere, ut posset parere conditioni, eidem voluit concedere idem tempus ad solvendum: itaque dies non solum respicit conditionem, sed etiam solutionem. Ut puta, in hac stipulatione: *si Calendis Stichum non dederis, decem dabis?* creditor, qui largitur debitori tempus ad dandum Stichum, multò magis idem tempus largitur ad danda decem: noluit enim dari decem dato Sticho, Stichum autem Calendis dari voluit: ergò iisdem Calendis voluit dari decem.

Multæ tamen sunt leges, quibus contrarium videtur posse suaderi. Primùm, in *l. si in lege 24. §. si domus ff. locat.* & in *l.*
6 *dominus 55. §. 2. ff. eod.* traditum est, eum, qui conduxit domum, vel fundum in quinquennium, si ante quinquennium deseruerit habitationem, vel culturam, statim conveniri posse, ut solvat pensiones totius quinquennii. Ergò tempus non est expectandum. Neque responderi potest cum Bartolo, hoc constitutum esse in contractibus bonæ fidei. Etenim etiam in *l. item quæritur ff. locat.* quam pro alia sententia suprà adduximus, agitur de contractu bonæ fidei, imò de eadem locatione, & tamen tempus expectatur.

Secundò, in *l. si ita fuerit 41. §. sed si ff. de manum. testam.* servo legata erat libertas hoc modo: *Si heredi meo mille nummos anno, biennio, triennio solverit, postquam ero mortuus, liber esto.* Servus statim solvit mille nummos, statim liber est, non expectato triennii lapsu.

Tertiò, in *l. si quis heres 72. de acquir. vel omitt. her.* testator heredi præceperat, ut intra certum tempus adiret hæreditatem, & si non adisset, alium ei substituerat. Hæres ante tempus illud præscriptum decessit non aditâ hæreditate. Responsum est, substitutum non debere expectare ultimum diem aditionis hæredi præscriptum; sed statim adire posse.

Denique, in *l. cùm stipulatus 113. & in l. ita stipulatus 115. §. 1. ff. de V. O.* quidam stipulatus fuerat sibi pœnam, si opus arbitratu suo ante Calendas perfectum non fuisset. Statim ac constat ante Calendas opus amplius perfici non posse, pœna committitur. Sed pœna, & stipulatio committi dicitur, cùm peti potest *l. ad diem 77. ff. de V. O. l. Jure Civili 24. in fin. ff. de cond. & demonstr.*

Ad primum respondetur, *in ea l.* non agi de die adjecto conditioni; sed de die adjecto solutioni, seu potius de die, qui tacitè inest ex natura obligationis. Etenim cùm 7
merces sit quasi pretium usûs, & solvatur ad compensandum rei usum, ex natura mercedis est, ut post usum solvatur. Itaque solutioni mercedis tacitè inest ille dies, postquam conductor usus fuerit re conductâ. Igitur hic dies non conditioni adjectus est, sed solutioni mercedis, quapropter ad rem nostram non pertinet. Imò animadvertendum est, quòd in hoc contractu nulla adest conditio, saltem promiscua. Nam si qua conditio inest in contractu locationis, ea est: si locator passus fuerit conductorem uti re conducta. Videtur enim deberi merces à conductore hac conditione, si locator eum uti patiatur. Nam si locator eum expellat, non solum ipse nihil debet, sed obligatur ipsi locator quanti ejus interest *l. si in lege 24. §. colonus ff. de locat.* At hæc conditio non est promiscua; fortuita est quoad conductorem, neque enim in ejus potestate est eam implere, sed in potestate locatoris. Ex quibus eò magis apparet diem non esse adjectum conditioni: nam dies respicit personam conductoris, qui non nisi præscripto die cogi potest ad solvendam mercedem, conditio verò respicit personam locatoris, à quo est implenda.

Sed, inquiet aliquis, si dies adjectus esset solutioni, non conditioni, utique esset

expectandus : nam quod in diem debetur, ante diem non rectè petitur *l. si in annos* 49. *ff. de cond. & dem. l. si dies ff. quando di. leg. ced. l. qui hoc anno* 41. *ff. de verb. obl.* §. *omnis Inst. tit. eod.*

Respondetur, quòd cùm dies insit ex natura ipsius mercedis, quæ solvenda est ad pensandum rei usum, qui usus requirit certum tempus, hoc tempus amplius non est expectandum, cùm conductor amplius re uti
8 nolit. Et locator id, quod exigit, non petit tamquam mercedem usus, sed potius ratione ejus quod suâ interest. *l. dominus* 55. *in fin. ff. locat.* Itaque sublatâ causâ dilationis, nulla causa superest cur impediatur locator statim petere id, quod suâ interest, argum. text. in *l. cùm tale* §. *Maviæ ff. de condit. & demonstr.* ubi legatum erat Mæviæ, si non nupserit, cùm morietur: quoniam detrahitur conditio illa, si non nupserit. *l. quoties* 12. *l. sed si hoc* 62. §. *ult. & l. seq. l. Titio* 71. §. 1. *ff. de condit. & demonstr.* ideò detractâ conditione, cujus causâ fuerat adjectus dies mortis, detrahitur etiam dies mortis, & legatum statim præstandum est.

At potest opponi, quòd adjecto loco, quò solvi pecunia debeat, inest stipulationi dies, quo possit debitor in locum adjectum pervenire *l. interdum ff. de verb. oblig.* §. *loca Instit. tit. eod. l.* 2. *alias l.* 3. §. *qui ita sti-*
9 *pulatur ff. de eo quod certo loc.* Atque adeò dies inest ex natura loci adjecti : ut si quis Romæ stipuletur, hodiè tibi dari Carthagine, inutilis sit stipulatio *d. l.* 2. § *qui ita stipulatur.* Ac locus quidem mutari potest, nam qui certo loco se daturum promisit, potest etiam alio loco conveniri *l.* 1. *ff. eod.* Itaque si Romæ conveniatur, qui Romæ promittit, tollitur omnis causa dilationis: quid enim causæ est, cur expectemus tempus, quo possit Carthaginem pervenire, si Romæ solvere debet? Et tamen in *d. l.* 2. §. *qui ita.* generaliter traditum est, diem expectandum esse. Ergò etiam sublatâ causâ propter quam dies inest, nihilominus dies est expectandus.

Respondetur, quod ideò in hac specie dies est expectandus, quia causa cui cohæret dies, non ante tolli potest, quàm dies præterierit : quia non debet reo adimi facultas solvendi Carthagine, quam facultatem stipulando sibi quæsivit *l. verò* §. *alia ff. de solut.* Transacto autem tempore, quo potuit solvere Carthagine, si eâ facultate usus non sit, creditori à lege conceditur ut alio loco possit debitorem convenire, ne alioquin sit in potestate debitoris actionem evitare, & eludere creditorem numquam eundo Carthaginem *l.* 1. *ff. de eo quod certo loc.* Hanc autem facultatem conveniendi debitorem alio loco, cùm lex concedat ex necessitate, solùm concedit urgente illâ necessitate : atqui nulla urget necessitas ante diem, neque enim creditor queri potest de dilatione, cùm ipse sibi hanc legem imposuerit in contrahendo. Quare cùm locus mutari non possit ante diem transactum, nec ipse detrahitur.

Sed ut eò revertamur unde discessimus. Quod diximus, de conditione quæ inest obligationi solvendæ mercedis, eam non esse promiscuam, sed fortuitam, quia pendet à potestate locatoris, non conductoris, nodum solvere non videtur. Etenim in *d. l. si in lege* 24. §. *colonus ff. locat.* aliud exemplum proponitur, cui non convenit hæc responsio. Locator ante quinquennium expulit colonum: colonus totius quinquennii nomine rectè aget, statim ac fuerit expulsus. Te- 10
netur locator colono, sub conditione: *si ipsum expulerit.* hæc conditio promiscua est, hoc est, in potestate ipsius locatoris, qui impletâ conditione futurus est debitor: & tamen lapsus quinquennii non expectatur.

Verissimum est, hanc conditionem esse in potestate debitoris, sed ideò dies non expectatur, quia nullus dies est adjectus, aut tacitè inest. Nam locator se obligat, si non 11
patiatur conductorem frui re conducta, nec ullus est dies qui possit expectari, & in quem solutio differri possit : nam conveniri potest statim, ac fecerit contra legem locationis; & cùm præstare teneatur frui conductori, statim ac id non præstat, conveniri potest, etiamsi nulla ejus culpa intercesserit *l. si tibi alienam* 7. *cum duab. ll. seqq. l. ex conducto* 15.

15. *in princ. & in* §. 1. *l. si fundus.* 33. *ff. locat.* In mercede autem ideò dies inest, quia aut adjicitur à contrahentibus, aut solvenda est post usum, atque operam.

Ad secundum respondeo, duabus de causis triennii lapsum non esse expectandum. Prima traditur in ipsa *l. si ita fuerit* 41. §. *sed si ff. de manum. testam.* ibi: *Compensanda etenim est haredi celeritas libertatis pramatura pecuniarum solutioni.* Æquum igitur non est hæredem & servo uti, & pecuniâ à servo solutâ, contra voluntatem testatoris, qui voluit servum solutâ totâ summâ ad liberta-
12 tem pervenire. Eadem confirmantur in *l. statuliberos* 3. §. *quid si servus* 14. *ff. de statu lib.* ibi: *Benignius est eum in libertatem pervenire, cùm utrinsque providentia infertur, & servi, quatenus maturius in libertatem perveniat, & haredis, quatenus dilatione interemptâ, illicò accipiat, quod post tempus consequi poterit.* Altera causa indicatur in hac eadem lege: nempè favor libertatis. Observandum est verbum illud *benignius*, quod ad favorem libertatis referri videtur: nam favor libertatis benigniores sententias exprimit *l. pœnales* 32. §. *ult. ff. ad Leg. Falcid.* & benignè receptum dicitur, quod favore libertatis est constitutum *l.* 4. §. *ergò ff. de manumission. l. si statu libera* 6. §. *planè ff. de statu lib. l.* 2. *C. de necessar. serv.* Posset etiam dici diem in ea lege additum fuisse favore legatarii, & summam in plures pensiones divisam ejus exonerandi causâ *l. si cum præfinitione* 20. *ff. quand. dies leg. ced.* ac propterea à servo posse etiam ante diem solvi *l. Jabolenus* 15. *ff. de annuis legat. l. stipulatio ista* 38. §. *inter* 16. *ff. de V. O.* cum similibus. Ne autem hæres fruatur simul & pecuniâ, & servo, benignius receptum esse servum liberum statim fieri: videlicet ex benigna interpretatione voluntatis testatoris, qui si putasset servum statim posse solvere integram summam, non distulisset libertatem in triennium.

Ad tertium respondeo, diem non esse expectandum, quia ab hæredis institutione dies detrahitur, etiamsi nominatim fuerit adjectus §. *heres Inst. tit. de hered. inst. l. hereditas ff. eod. tit.* Prætereà substitutio facta erat sub conditione, si intra certum tempus hæres non adiisset hæreditatem. Hæc conditio quoad substitutum fortuita est, pendet enim à facto alterius *l. si quis instituatur.* §. *item si ff. de* 13
hered. instit. quoad hæredem promiscua est, pendet enim ab ejus potestate: sed hæres non est debitor hæreditatis nec substitutus accipit hæreditatem ab hærede, sed à defuncto. Itaque cùm in hac specie nemo sit debitor, cessat ratio, cur dies sit expectandus, neque enim videri potest dies adjectus, ut concedatur debitori tempus ad solvendum, quod tributum erat ad implendam conditionem.

Ad ultimum respondetur; quod ibi pœna commissa dicitur, non quia statim peti possit, sed quia jam constat promissorem in pœnam incidisse. Neque enim ibi quæritur quando pœna peti possit; sed an promissor 14
in pœnam inciderit, etiamsi à stipulatore tempus ei sit prorogatum. Sic & in *l. in illa* 8. *ff. de verb. oblig.* stipulatio ad conditionem committi dicitur, licet dies supersit, quia cùm conditio impleta sit, certum est reum in pœnam incidisse. Ita & in *d. l. cùm stipulatus* 113. *ff. eod.* pœna commissa dicitur, nempè impletâ conditione, sub qua promissa fuit: superest tamen dies *d. l.* 8. Neque obstat, quod pœna committi dicatur cùm peti potest; nam tunc committitur cum effectu: at verò quando peti non potest, committi quidem dicitur, licet hactenus sit sine effectu. Sic deberi dicitur id, quod nondum debetur cum effectu, quia nondum peti potest §. *omnis Instit. tit. de V. O. l. qui hoc anno* 42. *ff. eod.* alibi verò dicitur non deberi quia non debetur cum effectu, cùm peti non possit *l.* 1. §. 1. *ff. de condit. & demonstr. l. si in annos* 49. *ff. eod. l. un. ff quand. dies ususfr. leg. ced. l. si Titio* §. *quædam. l. si dies* §. *ult. ff. quand. dies leg. ced. l. interdum* 73. *ff. de V. O.*

CAPUT XXI.

AD L. HOC JURE 10. *ff. de verb. oblig.*

SUMMARIUM.

1 *Dies adjectus conditioni non promiscua petitionem non differt.*
2 *Affertur ratio discriminis inter utrumque genus conditionis.*
3 *Exponitur* l. si ita legatum 103. ff. de cond. & dem.
4 *Quando dies non conditioni, sed legato adjectus est, expectari debet.*
5 *Exponitur* l. 4. §. 1. ff. de cond. & dem.
6 *Particula* tum *denotat extremitatem temporis.*
7 *Exponitur* l. cùm hæres 4. §. servire ff. de statulib. *& n.* 8. *Dies qui necessariò cohæret conditioni, expectandus est.*
8 *Melioris conditionis esse non debet, qui conditionem non implevit, quàm si implevisset.*
9 *Exponitur text.* in l. 3. §. pen. ff. de statulib. *Conditio pariendi non includit necessariò tempus.*
10 *Conditio fortuita casu deficiens nec favore libertatis habetur pro impleta.*
11 *Certa atas non facit conditionem favore libertatis.*
12 *Exponitur text.* in l. libertis §. ab hæredibus ff. de alim. leg.
13 *Legatum alimentorum non extinguitur morte ejus, cum quo quis morari debebat.*
14 *Exponitur text* in l. pen. C quan dies leg. ced.
15 *Dies incertus adjectus solutioni non facit conditionem.*
16 *Exponitur text.* in l. uxori 35. ff. de usufr leg.
17 *Dies incertus demonstrationis causâ adjectus non facit conditionem.*
18 *Exponitur* l. cùm tale 72. § Mæviæ ff. de cond. & dem.
19 *Exponitur text.* in l. Publius. 36. §. 1. ff. de cond. & dem.
20 *Filium quis diligit magis quàm alios. Et magis primo loco vocatum, quàm secundo.*
21 *Quid sit repræsentare fideicommissum?*
22 *Voluntas verbis præfertur.*
23 *Exponitur text.* in l. à filia 61. §. alumno ff. ad S. C. Trebell.
24 *Si dies adjectus sit favore legatarii, eo deficiente statim solvendum est substitutis.*
25 *Exponitur text.* in l. fideicommissa 11. §. si cui ff. de leg. 3.
26 *Mors legatarii non facit conditionem : sed mors alterius.*
27 *Duabus conditionibus adjectis, utrique parendum.*
28 *Particula* quasi *denotat improprietatem : sed non semper, ut n.* 31.
29 *Conditio*, Si morte patris sui juris effectus fuerit, *per emancipationem impletur.*
30 *Non deficere conditio dicitur, cùm existit ; sed vide n.* 32.
33 *Proponuntur septem exceptiones regulæ propositæ : quòd dies adjectus conditioni non promiscua expectandus non sit.*

VEniamus ad conditionem non promiscuam, hoc est, mixtam, & causalem, seu fortuitam. In hac contrarium traditum est à Veteribus : videlicet impletâ conditione statim peti posse quod debetur, nec expectandum diem conditioni adjectum *l. hoc jure* 10. *ff. de V. O. Hoc jure utimur, ut ex hac stipulatione, si Lucius Titius ante Calendas Maias in Italiam non venerit, decem dare spondes? non ante peti quicquam possit, quàm exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse, sive vivo, sive mortuo id acciderit.* 1

Ac meo quidem judicio differentiæ ratio ea est, quod quando conditio confertur in potestatem debitoris, eique tempus adjicitur, tempus illud non solum respicit conditionem, sed etiam obligationem : nam qui largitur tempus ad implendam conditionem, quam posset multò citius implere, largitur etiam tempus ad solvendum, cùm nolit eum cogere ad solvendum, nisi impletâ conditione. Contrà verò cùm conditio in eventum, 2
& casum confertur, eique dies adjicitur, is respicit solam conditionem. Nempè ideò adjicitur, ut eò magis in incertum suspendatur obligatio, quò difficilius est existere conditionem, quam non sufficit existere quandocumque ; sed necesse est existere tempore præscripto, ut nascatur obligatio. Ut puta, in hac conditione, *Si intra Calendas Maias Titius in Italiam venerit*, adjectus est dies Calendarum, quo fit, ut conditio sit magis incerta, magis in casum, ac dubium eventum collata, quia, ut impleatur conditio, non sufficit Titium in Italiam venire quandocumque, sed necesse est veniat intra Calendas Maias. In exemplo autem *l. hoc jure* 10. *ff. de V. O.* quia conditio negativa est, à stipulatore dies est adjectus, ut facilius existat conditio : quia non adjecto die deficeret

conditio veniente Lucio Titio etiam post Calendas; adjecto autem die Calendarum conditio existit, etiamsi Titius in Italiam venerit post Calendas. Igitur dies adjectus respicit solam conditionem, & additus est vel ad eam restringendam, vel ad eam laxandam: ac propterea existente conditione tempore præscripto satisfactum est voluntati ejus, qui conditionem, & diem adjecit, cùm extiterit conditio eo modo, quo voluit existere: nec ulla causa est, cur diem expectemus, qui non fuit adjectus ad differendam solutionem, quam differre non potest, nisi adjiciatur eo animo, ut eo die pecunia solvatur. §. *omnis Instit. tit. de V. O.*

Verùm quia multæ sunt causæ, ex quibus contrarium observatur, idcircò multæ sunt leges, in quibus contrarium videtur constitutum, quas omnes ut explicemus, tamquàm contrarias huic legi opponemus.

Primùm afferri potest text. in *l. si ita legatum* 103. *ff. de condit. & dem. Si ita le-*
3 *gatum sit: Titio post decem annos dato, si satis ab hærede non exegerit: & Titius intra decimum annum decesserit, ad hæredem suum transmittit legatum, quia moriente eo conditio existit.*

In hac lege licet J C. non decernat, an ab hæredibus statim solvendum sit legatum, an verò transacto decennio, non dubito tamen solvendum esse post lapsum decennii. Etenim tempus non conditioni adjectum est, sed legato: ait enim testator: *Titio post decem annos dato.* Adjectus est dies, quo pecunia solvatur, igitur ante hunc diem solvi non debet §. *omnis Instit. tit. de V. O. l. si dies ff. quan. di. leg. ced.* Conditio autem, *Si ab hærede non exegerit satisdationem*, adjecta est, ut legatarius ab exigenda satisda-
4 tione deterreatur metu pœnæ, & amissionis legati, quam satisdationem potuisset exigere cùm legatum sit in diem *l.* 1. *in princ. l. postquam* 5. §. *si dies. l. hac stipulatio* 14. *ff. ut legat. nom. caveat.* Quamobrem potius conditio adjecta est propter diem, quam dies propter conditionem. Imò defendi posset, nullam huic legato conditionem inesse, cùm enim possit à testatore prohiberi satisdatio, eà frustrà petetur, eàque petitâ non deficitur conditione legatarius *l. licèt.* 12. *ff. ut legat. nom. caveat.* nisi testator nec de facto quidem peti voluerit. Sed illuc redeo. Quando non conditioni, sed legato adjicitur, non debet solvi legatum ante diem: nam cùm & conditio, & dies legato sit adjectus, conditio suspendit legatum in incertum eventum, dies verò differt solutionem. Ut si quis dicat: *Si navis ex Asia venerit, dato Titio post decem annos.* Etiamsi navis ex Asia statim veniat, tamen post decem annos dandum est legatum, quia petitio in hoc tempus dilata est, *l. ex his verbis C. quando dies leg. ced.* At si dicat: *Si navis ex Asia venerit intra decem annos, Titio dato*: solvendum est legatum statim ac navis ex Asia venerit, quia decennium adjectum est conditioni. Nempè testator præscripsit tempus, intra quod existere conditio debet. Cùm autem intra illud tempus extiterit, nihil est cur differamus legatum.

Secundò opponi potest text. in *l.* 4. §. 1. *ff. de condit. & dem.* ibi: *Si ita scriptum sit: si in quinquennio proximo Titio filius natus* 5
non erit, tum decem Sejæ hæres dato. Si Titius antè mortuus sit, non statim Sejæ decem deberi.

In hâc lege dies quidem est adjectus conditioni, sed differtur solutio legati, quia idem dies adjectus est etiam legato. Particula 6
illa *tum* extremitatem temporis, & ultimum articulum quinquennii significat *d. l.* 4. §. 1. *in fin. l. cùm quidam. in princ. ff. de usur. l. pen. ff. de testam. tut.* Itaque diem adjectum conditioni repetit in legato; perindeque est ac si dixisset: *Si in quinquennio proximo Titio filius natus non erit, post quinquennium Sejæ decem hæres dato.* Igitur solutio legati differtur non vi ejus diei, qui adjectus est conditioni, sed vi ejus diei, qui per particulam *tum* repetitus est in datione legati.

Tertiò contrarius videtur textus in *l. cùm hæres* 4. §. *servire ff. de statu lib.* ubi qui jussus 7
erat servire anno Titio, & sic liber esse, non sit liber ante annum, etiamsi Titius ante annum moriatur, & conditio pro impleta habeatur, quia per Titium stetit, quomi-

nus impleretur. Similes sunt text. in *l. servus 34.* §. 1. *vers. quid enim ff. eod.* in *l. peculium 20. §. quadam ff. eod.* in *l. Thias* §. *Spendophorus*, *&* §. *libertatem ff. de fideicommiss. libertat.*

Ad has omnes leges duo sunt animadvertenda. Primum, quod quoties dies ita cohæret conditioni, ut conditio ante eum diem impleri non possit, dies utique semper est expectandus. Hujus generis est hæc conditio: est enim omninò impossibile, ut serviat anno, antequam annus effluat. Qui adjicit hanc conditionem, non solum vult impleri conditionem, sed etiam vult expectari tempus, quod illi conditioni ita cohæret, ut separati non possit. Est enim vulgi ore tritum illud, *Qui vult consequens, vult etiam antecedens*, quod ab eo sejungi non potest: & qui non vult solvi legatum ante expletam conditionem, non vult solvi ante transactum tempus, quod ad eam implendam est omninò necessarium, & quod ipse suâ voluntate inseruit conditioni. Multò aliter se res habet in hac conditione: *Si intrà biennium navis ex Asia venerit*; quia potest navis multò ante biennium venire, & statim satisfactum est voluntati testatoris. Et hoc est, quod admonet Paul. in *l. si peculium 20. §. quadam 5. ff. de statu lib.* illis verbis: *Quadam conditiones naturâ sui nec possunt eodem tempore impleri, sed necessariam habent temporis divisionem: velut cùm decem operas jussus est dare: quia operæ per singulos dies dantur. Igitur & si singulos aureos det statu liber, potest dici eum implesse conditionem. Alia causa est operarum, quia hæ necessariò singulæ edendæ sunt. Sed etsi hæres accipere noluerit, non statim liber fiet, sed cùm tempus transierit, per quod operarum quantitas consumatur. Idem dicendum est; si jussum Capuam ire, & liberum esse, hæres prohibeat ire: tunc enim erit liber, cùm pervenire Capuam potuisset. Inesse enim videtur tempus, tàm operarum præstationi, quàm itineri.* Idem ferè traditur in *l. servus 34.* §. 1. *vers. quid enim ff. de statu lib.*

Præterea animadvertendum est, quòd meliorìs conditionis esse non debet legatarius, qui non implet conditionem, quàm esset, si eam implevisset. Licèt enim à Jure pro im- 8
pleta habeatur, tamen majorem vim habere æquum non est, quàm haberet, si revera fuisset impleta: nec plus operari debet fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero. Rectè ad rem nostram Papinianus in *l. mulieri & Titio ff. de condit. & demonstr.* ait: *Tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset.* Quare si quis mulieri legaverit centum sub conditione, *Si non nupserit intra decem annos dato*: licèt conditio, *si non nupserit*, detrahatur, tempus tamen expectatur. Veniamus ad legem nostram. Servus jussus est servire anno Titio, & sic liber esse. Si servisset anno, & conditionem implevisset, non potuisset esse liber ante annum transactum. Mortuo Titio ante annum, servire non potuit: conditio habetur pro impleta, sed tamen ita, ut non ante consequatur libertatem, quàm fuisset consecuturus, si conditionem implevisset. Et hæc ratio redditur in ipsa lege: ibi, *Etenim absurdum est, maturius eum liberum fieri cùm conditionem non implet, quàm futurus foret, si eam impleret.*

Quartò contra id, quod primo loco observavimus, potest urgeri in *l. 3. §. penult. ff. de statu lib.* Ancillæ libertas data erat sub conditione, si tres liberos peperisset: hæres ei medicamentum dedit, ne pareret. Statim libera fit. Et tamen conditioni cohæret neces- 9
sariò tempus gestationis, ut parere possit.

Facilis est, & prompta responsio. Non potest ancilla parere tres liberos, antequam eos in utero gestet. Sed tamen potest eos parere statim à morte testatoris: potuit enim eos multò ante concepisse. Sic, licet non modicum tempus necessarium sit, ut navis ex Asia veniat; tamen potest venire statim mortuo testatore, si multo ante ex Asia solverit: imò, & ante mortem testatoris *l. 2. in prin. ff. de cond. & dem.* quin etiam ante factum testamentum *l. hac conditio 10. in fin. ff. eod.* Itaque hæ conditiones naturâ suâ tempus non continent. At conditio, de qua suprà agebamus, omninò tempus includit.

Nam qui servire jussus est anno Titio hæredi, non potest ei servire vivo testatore, sed computatur annus à die aditæ hæreditatis *l. si in diem 46. ff. de cond. & dem. l. 3 §. si quis hæredi ff. de statu lib.* igitur omninò est expectandus annus post aditam hæreditatem. Quapropter non temerè in *l. 3. §. penult. ff. de statu lib.* notavit. J C. ancillam, etiam uno partu potuisse tres edere, ut ostenderet, huic conditioni necessariò non inesse tempus triûm gestationum.

Quintò opponi potest text. in *l. si ita scriptum 16. ff. de man. testam.* Quidam legaverat servo suo libertatem, cùm Titius ad tri-
10 cesimum annum pervenisset. Titius mortuus est ante tricesimum annum. Licet conditio, favore libertatis habeatur pro impleta; tamen servus non statim fit liber, sed expectare debet tempus, quo Titius ad tricesimum annum perveniret, si viveret. Ergò conditione fortuitâ ante tempus impletâ, tempus est expectandum. Respondetur, falsum esse conditionem haberi pro impleta: nam conditio fortuita casu deficiens numquam pro impleta habetur, etiamsi fuerit adscripta libertati *l. cùm hæres 4. §. ita liber ff. de statu lib.* Igitur favor libertatis non potest efficere, ut pro impleta habeatur illa conditio: hoc efficit favor libertatis, ut dies ille incertus, qui
11 in aliis legatis conditionem faceret *l. dies incertus ff. de cond. & dem.* in legato libertatis conditionem non faciat. Certa ætas alicujus adscripta conditionem facit *l. si cui legetur §. 1. cum duob. seq. ff. de legat. 1. l. Publius §. 1. ff. de cond. & dem.* incertum est enim an ille sit perventurus ad ætatem legato adscriptam. Favore autem libertatis constitutum est, ut in legato libertatis dies certæ ætatis conditionem non faciat, ut libertas debeatur, etiamsi ille, cujus ætas adscripta est, ad ætatem illam non perveniat *l. si servus 19. ff de statu lib. l. fideicommissaria §. etiam ff. de fideicomm. libert. l. fideicommissaria 10. C eod. tit.* Legatum igitur, de quo agitur in adducta l. in diem est, non sub conditione, & ideò debetur libertas, etiamsi Titius moriatur ante tricesimum annum. Cùm autem sit in diem, non antè potest exigi, quàm venerit dies adscriptus *l. si dies ff. quand. dies leg. ced. l. si in annos ff. de cond. & dem.* & ideò servus non ante consequitur libertatem, quàm veniat dies, quo Titius ad tricesimum annum fuisset perventurus.

Quamquàm dies ille faceret conditionem, & conditio haberetur pro impleta, tamen ante illud tempus non posset consequi libertatem, ne maturius ad libertatem perveniat deficiente conditione, quàm perveniret eâ existente *l. cùm hæres 4. §. servire ff. de statu lib. l. mulieri & Titio 74. ff. de condit. & demonstr.* & nos suprà exposuimus.

Sextò, similis est textus in *l. libertis 18. §. ab hæredibus ff. de alim. vel cibar. legat.* in qua non agitur de legato libertatis, sed 12
de legato militiæ, & tamen idem est constitutum. Testator enim post libertatem servo relictam, rogavit Sejum, ut eidem cibaria, & vestiaria præstaret, & cùm ad vicesimum quintum annum pervenisset, militiam ei compararet, si eum ante non reliquisset. Sejus mortuus est ante vicesimum quintum annum. Respondit Scævola militiam nihilominus ei comparandam, sed expectandum tempus, quo Sejus, si viveret, ad vicesimum quintum annum perveniret.

Eadem responsio. Ibi agitur de legato alimentorum, ut copiosè exposuimus aliàs ad hujus legis explicationem. Militia enim, hoc est annuus redditus, quem percepturus est ex militia, ei relinquitur, ut possit inde se alere, ut ibi diximus. Quapropter licet adjecta sit illa conditio, *si eum ante non reliquerit*, tamen non deficit hæc conditio per 13
mortem Seji. Nam si quis alicui relinquat alimenta, quamdiu cum Sejo morabitur, non extinguitur legatum per mortem Seji *l. Cajo §. Imperator ff. de alim. vel cib. leg. l. annua in princ. ff. de ann. legat. l. 1. C. de legat.* In legato autem alimentorum, si per eum steterit, qui præstare debebat alimenta, quòminus legatarius cum eo moretur, etiamsi id acciderit per mortem, tamen conditio pro impleta habetur *ex dd. ll.* adeoque legatum non ante præstandum est, quàm præstaretur, si verè impleta fuisset, ut suprà diximus.

Accedit & alia ratio. Testator voluit subrogare militiam in locum alimentorum. Alimenta debentur liberto donec Sejus perveniat ad vicesimum quintum annum, & usque ad hoc tempus debentur, etiamsi Sejus antè sit mortuus. Igitur si militia deberet ei comparari statim ac moritur Sejus, utrumque libertus haberet eodem tempore, & militiam, & alimenta, quod est contra mentem testatoris. Sed hæc pluribus exposuimus ad hujus legis explicationem. Posset etiam considerari hanc conditionem esse ex genere earum, quibus necessariò inest, & cohæret tempus, quâ de re suprà diximus.

Septimò, non est omittendus text. in *l. penult. C. quand. dies legat. ced.* ibi: *Ex his verbis: do, lego, Æliæ Severinæ, & Secundæ decem, quæ legata accipere debebit, cùm ad*
14 *legitimum statum pervenerit. Si Ælia Severina, cui legatum relictum est, die legati cedente, vitâ functa est, ad heredem suum actionem transmittit: scilicèt ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vicesimum quintum annum ætatis implesset.* Non agitur hîc de legato libertatis: adjecta est conditio illa, *cùm ad legitimum statum pervenerit*; & tamen tempus est expectandum.

Etsi non agatur de legato libertatis, tamen hoc quoque legatum in diem est, non sub conditione, & verba illa, *cùm ad legitimum statum pervenerit*, non conditionem
15 faciunt, sed diem solummodò continent. Id autem ex ipsa lege probari potest. Supponitur legatariam defunctam esse, antequam ad legitimum statum perveniat: & nihilominùs eâ vivâ cessisse diem legati. Atqui dies legati conditionalis non cedit ante conditionis eventum; nec legatum ad hæredem transmittitur *l. si post diem 5. §. sed si sub conditione ff. quand. di. leg. ced. l. 3. C. eod. l. intercidit. in princ. ff. de cond. & dem.* Ideò autem hoc legatum non est conditionale, sed in diem, quia certa ætas non est adjecta legato, sed ejus solutioni. Neque enim testator ita legavit: *Æliæ Severinæ, cùm ad legitimum statum pervenerit, decem lego*; sed ita: *Æliæ Severinæ decem lego, quod legatum accipere debebit, cùm ad legitimum statum pervenerit.*

Dies autem solutioni adjectus potest quidem suspendere solutionem, cui adjectus est: non potest tamen suspendere legatum, & obligationem, cui adjectus non est; itaque non efficit legatum conditionale, sed in diem. Similia exempla sunt in *l. Sejus Saturninus ff. ad S. C. Trebellian.* in *l. à filia §. alumno ff. eod.*

Octavò, opponi potest *l. uxori 35. ff. de usufr. leg.* Vir uxori legavit usumfructum fundi in quinquennium à die mortis suæ, & peracto quinquennio, cùm ejus ususfructus esse desisset, tunc fundum legavit libertis suis. Huic legato adscriptus est dies quinquennii: adscripta est etiam conditio illa, 16
cùm ususfructus ejus esse desisset: mortua est uxor ante quinquennium, cujus morte impleta est conditio, quia ususfructus extinguitur *§. finitur Instit. tit. de usufr. l. 3. §. ult. ff. quib. mod. ususfruct. amit. l. 3. l. si domina 10. l. ambiguitatem 12. & l. corruptionem 16. C. de usufr.* Quæsitum est, an statim fundus libertis reddi debeat, an expectare debeant finem quinquennii. Responsum est, reddi non debere ante finem quinquennii.

Respondetur, ibi legato fuisse adjectum solum diem, ac tempus quinquennii, nullam autem conditionem, & ideò tamquàm legatum in diem ante diem peti non potest *l. si dies ff. quando dies leg. ced. l. si in annos 49. ff. de cond. & demonstr. §. omnis Inst. tit. de verb. oblig.* Neque enim conditionem fa- 17
ciunt illa verba: *cùm ejus ususfructus esse desierit.* Etenim hæc verba referuntur ad quinquennium peractum, quo tempore ususfructus uxoris esse desinet. Igitur ea verba sunt adjecta demonstrativè, non ad inferendam conditionem. Et hoc significant: *peracto quinquennio, quo tempore uxoris esse desinet ususfructus.* hæc demonstratio nihil efficit, nam quod rei satis demonstratæ adjicitur frustrà est *l. 1. §. si quis ff. de dot. prael.* Quapropter verba illa vim solius demonstrationis habent, non conditionis.

Similis est textus in *l. cùm tale §. Mævia*

ff. de condit. & dem. ibi: *Maviæ, si non nupserit, cùm morietur lego. Potest dici eam, etsi nupserit, confestim ad legatum admitti. Non idem probatur, si certus dies, incertusve*
18 *alius legato fuerit adscriptus.* Quod discrimen est inter diem mortis, & alios dies? Illud nimirùm, quod modò indicabimus. Dies mortis in hoc legato habet vim solius demonstrationis, & frustrà adjectus est, & ideò non est expectandus. Etenim conditio illa, *si non nupserit*, cùm posita sit in non faciendo, solum per mortem impletur, quia quamdiu quis vivit, facere potest, quod prohibitus est. *l. si ita* 103. *l. Titio fundus ff. de cond. & dem. l. ult. ff. de cond. inst. l. si in personam C. de fideicomm. l. ita stipulatus* 115. §. 1. & §. *item si quis ff. de V. O.* §. *sub conditione Inst. tit. eod.* Quapropter testator verba illa, *cùm morietur*, non adjecit animo diei adscribendi legato, sed ut declararet tempus, quo impleri poterat conditio, *si non nupserit.* Detractâ igitur conditione, *si non nupserit*, cujus causâ adjecta erant illa verba, ea sunt omninò supervacua, nec differunt legatum in tempus mortis.

Præterea in *d. l. uxori* 35. *ff. de usufr. legat.* adjecta erat particula *tunc*, quæ ultimum articulum temporis significat *l.* 4. §. 1. *ff. de cond. & dem. l. cùm quidam. in princ. ff. de usur. l. pen. ff. de testam. tut.* Idque uberius exposuimus, cùm ad secundum argumentum respondimus.

Nonò, opponi potest *l. Publius* 36. §. 1. *ff. de cond. & dem.* Ibi mulier filium habens legavit quædam prædia Septiciæ, eamque rogavit, ut cùm filius ad sexdecim annos
19 pervenisset, prædia illa ipsi restitueret, & si filius sexdecim annos non implesset, ea redderet Publio Mævio, & Cajo Cornelio. Filius sexdecim annos non implevit: quæsitum est an prædia statim restituenda essent; an eo tempore, quo filius fuisset perventurus ad decimum sextum annum. Respondit Marcellus, restitutionem in hoc tempus prorogandam. Ergò licèt conditio sit impleta; tamen quia tempus continet, tempus illud est expectandum.

In promptu est responsio, eaque nobis ab ipsa lege suppeditatur. In conditionibus primum locum obtinet voluntas testatoris, eaque regit conditiones *l. in conditionibus* 19. *in princ. ff. de cond. & dem.* Testatrix in hâc lege voluit prædia illa ad Septiciam pertinere usque ad illud tempus, quo filius fuisset perventurus ad sexdecim annos: ergò sive ea restituenda essent filio, sive Publio Mævio, & Cajo Cornelio, voluit toto illo tempore Septiciam frui prædiis illis. Imò 20
tantò minùs præsumitur voluisse restitui secundis substitutis ante illud tempus, quantò quisque magis diligit filium, quàm alios: & magis diligit eos, quos vocat in priori gradu, quàm eos, quos vocat in gradu sequenti *l. quoties ff. de usufruct.* Testatrix toto illo tempore præposuit Septiciam ipsi filio, & filio, quem primo loco vocaverat in substitutione: ergò multò magis præposuit aliis, qui filii non erant; aliis, quos post filium vocaverat, quos filio postposuerat. Qui præfertur illi, qui alium præcedit, multò magis præfertur alteri, qui præceditur. Et hoc significat J C. illis verbis: *Etenim videri contra voluntatem testatricis, repræsentationem fideicommissi desiderari, ut amplius ad substitutos perveniat, quàm ad puerum pervenire potuisset. Et verba quidem videntur repræsentare fideicommissum: sed non est verisimile, ut maturiùs voluerit testatrix ad substitutos id transferre.*

His verbis rectè perpensis impugnari potius, quàm confirmari videtur sententia adversariorum. Ait J C. *& verba quidem videntur repræsentare fideicommissum.* Repræ- 21
sentare fideicommissum est præsens, & ad manum dare, non differre in diem solutionem. *l. cùm hi* 8. §. *eam transactionem ff. de transact. l. si purè* 37. & *l. Thais* 41. §. 1. *ff. de fideicom. libertat. l. si constante* 24. §. *quoties ff. solut. matrim. l.* 1. §. *& verum. l. cùm quis. in princ. ff. de dot. præleg.* Sueton. in *Calig. Legata ex testamento Tiberii, quamquàm abolito, sed & Liviæ Augustæ, quod Tiberius suppresserat, cum fide, ac sine calumnia repræsentata persolvit.* Et in *Claudio: Repræsentans pro opera dignam cuique mercedem.* Igitur si verba testatricis essent

attendenda, dies non esset expectandus, sed præsens, & ad manum solvi deberet fideicommissum. Ac proindè in aliis causis, in quibus non repugnat voluntas testatoris,
22 dies non expectatur. Voluntas autem verbis præfertur *l. in conditionibus* 19. *l. pater Severinam* 101. *in princ. ff. de cond. & dem. l. heredes mei* §. 1. *ff. ad S C. Trebell.* & ideò hoc contra naturam conditionis expectatur.

Sed impugnari posset hæc responsio per text. *in l. à filia* §. *alumno ff. ad S C. Trebell.* Ibi quidam legavit alumno certam pecuniam, eamque recipi à Sempronio mandavit, & solvi alumno certas usuras usque ad vicesimum annum, deindè alumni fidei commisit, ut si sine liberis decederet, partem restitueret Sempronio, partem Septiciæ.
23 Alumnus mortuus est intra annum vicesimum. Respondit Scævola, statim peti posse fideicommissum. Ergò non est absurdum maturius pervenire fideicommissum ad substitutum, quàm ad primo loco vocatum. Ad alumnum non pervenisset, nisi transacto tempore certæ illius ætatis: ad substitutos pervenit statim.

Animadvertendum est, quod in hac lege dies non fuerat adjectus favore debitoris, sed favore legatarii creditoris. Neque enim testator distulit solutionem pecuniæ in commodum, & favorem debitoris, cùm ab eo voluerit solvi usuras pecuniæ alumno creditori: sed distulit in favorem ipsius alumni, à quo in illa tenera ætate noluit pecuniam
24 disperdi ac dissipari. Similia exempla proponuntur in *l. Firmio Heliodoro* §. 1. *ff. quand. dies leg. ced.* in *l. Sejus Saturninus ff. ad S.C. Trebellian.* in *l. cùm pater* 77. §. *curatoris ff. de legat.* 2. Si dies adjectus esset in favorem debitoris, solvi ante diem illum nec substitutis quidem deberet, ut diximus ex *l. Publius* 36. §. 1. *ff. de condit. & demonstr.* Cùm verò sit adjectus in favorem alumni creditoris, statim est restituendum substitutis: tùm quia locum non habet argumentum prædilectionis, quo suprà usi sumus: tùm quia respicit personam ipsius alumni, ejusque personæ cohæret hic favor: adeoque ejus personam non egreditur *l. quia tale ff. solut. matrimon. l. legatum* 95. *ff. de cond. & dem.* tùm quia substituti sunt ejus ætatis, ut possint pecuniam rectè administrare: deficiente autem causâ, propter quam dies fuerat adjectus, dies quoque detrahitur, ut capite superiore demonstravimus luculentè.

Decimò opponi potest *l. fideicommissa* §. *si cui ff. de legat.* 3. *Si cui ita fuerit fideicommissum relictum, si morte patris, sui juris fuerit effectus: & emancipatione sui juris factus sit, non videri defecisse conditionem. Sed & cùm mors patri contingat, quasi existente conditione ad fideicommissum admittetur.* 25
Conditio igitur existit per emancipationem filii: sed tamen quia conditioni tempus erat adjectum, nempè mors patris, nondum debetur fideicommissum, sed mors patris est expectanda, ut ad fideicommissum admittatur.

Est plena difficultatis hæc lex; atque ideò paulò uberius est explicanda. Videntur proposito fideicommisso quodammodo adjectæ duæ conditiones. Altera continetur, ut filius sui juris efficiatur: altera, ut pater moriatur. Mors patris conditionem facit. Licèt enim mors legatarii non efficiat legatum conditionale, quia non potest existere post mortem ipsius legatarii *l. hæres meus.* 26
in princ. ff. de condit. & dem. tamen aliorum mors adjecta legato conditionem facit *l. hæres meus* 79. §. 1. *ff. eod. l. hujusmodi* 13. *in fin. ff. quand. dies leg. ced.* quia incertum est an vivo legatario moriturus sit, an post ejus mortem. Cùm autem duæ conditiones ad- 27
jectæ sunt, utrique parendum est, & nisi utraque extiterit, non possumus legatum consequi *l. si heredi* 5. *ff. de condit. Instit.* In hac nostra lege prima conditio impletur emancipatione, quia emancipatione fit sui juris. Et ideò rectè ait Jurisconsultus: *non videri defecisse conditionem filio emancipato.* Non quidem extitit omninò conditio, quia pater nondum mortuus est, sed tamen non defecit, quia partim extitit, partim existet morte patris. Cùm verò pater morietur, tunc quasi existente conditione filius admittetur

tetur ad fideicommissum. Non existit morte patris conditio, quia morte patris non fit sui juris filius, cùm jam sui juris esset: sed quasi existit, hoc est, completur eventus conditionis, atque perficitur. Nam sive duæ erant conditiones, sive potiùs una conditio duas partes, & duo facta continens, cœpit conditio existere cùm filius emancipatus est, expleta autem est morte patris. Dubitari poterat an hæc conditio per partes impleri posset, & an filio emancipato defecisset conditio: quia non poterat filius sui juris effici morte patris. Mens Ulpiani est, eam posse per partes impleri: & ideò emancipato filio non dixit extitisse conditionem, sed eam non defecisse: supererat enim alia pars implenda. Moriente autem patre non dixit extitisse conditionem, quia verè tunc non extitit, sed absoluta est, atque perfecta: sed dixit, *quasi extitisse*: particula *quasi* im-
28 proprietatem indicat *l. 2. ff. de inoff. testam. §. constituitur. vers. ergò Instit. tit. de usufr. l. 2. ff. de usufr. ear. rer. l. si serva 39. in princ. ff. de jure dot.*

Hæc explicatio videtur maximè convenire verbis Ulpiani. Mihi tamen non satisfacio, quia repugnat sententiæ ejusdem Ulpiani, quam aliis locis luculenter exposuit. Idem Ulpianus tàm in *l. si ita 15. ff. quand. dies leg. ced.* quàm in *l. mulier 22. in princ. ff. ad S. C. Trebell.* proponit fideicommissum relictum sub hac ipsa conditione, & respondet filiis emancipatis statim deberi, quia eman-
29 cipatione conditio extitit. Et in *l. mulier* allegat super hac re decretum Divi Marci. Et ratio est, quia verba illa, *morte patris*, adjiciuntur à testatore, qui non sperat patrem emancipaturum filios: cæterùm si hoc sperasset, ea verba non adjecisset *d. l. mulier 22.* Etenim testator qui legat filiofamilias, ideò apponit illam conditionem, ut filius legatum sibi acquirat, non patri *l. duos 70. ff. de cond. & dem.* Quocumque autem modo fiat sui juris filius, legatum sibi acquirit pleno jure: ac propterea impletur voluntas testatoris concedendo legatum filio cùm emancipatur. Igitur licèt verba testatoris aliud significare videantur, tamen voluntas potius, quàm verba sunt consideranda *l. pater Severinam 101. in princ. ff. de cond. & dem.* Suprà quoque, ut responderemus octavo argumento, ostendimus, quòd tempus adjectum conditioni, aut conditio adjecta tempori, rei declarandæ causâ, nullam vim habet, & frustrà adjicitur. Verba illa, *morte patris*, adjiciuntur, ut declaretur quando filius sui juris efficiatur: ac propterea nullam vim habent.

His animadversis, ne dicamus Ulpianum pugnantia inter se scripsisse, & tàm bardum fuisse, ut à se ipso dissenserit, dissenserit à decreto D. Marci; affirmandum est emancipatione conditionem illam extitisse: idque traditum etiam in nostra *l. fideicommissa 11.* 30
§. si cui ff. de leg. 3. Nec verba legis repugnant: ait enim, *non videri conditionem defecisse*: hoc est, conditionem videri extitisse. Sic enim accipitur passim in Jure nostro *l. multa 6. §. 1. ff. de cond. & dem. l. quæ sub conditione. §. mortuo ff. de condit. Inst.* nam conditio, quæ non defecit, extitit: cùm deficere, & existere adversentur *l. Titio 21. ff. de usufr. leg.*

Expendamus jam verba, quæ subsequuntur: *Sed & cùm mors patri contingat, quasi existente conditione ad fideicommissum admittetur.* Observandæ sunt particulæ illæ, *sed &*; quæ significant, *sed etiam*, *quin etiam.* Particula *&* sæpè significat *etiam. l. 1. C. de novat. l. 1. C. de compens. l. quod diximus. in fin. ff. quod met. caus.*

Virgil. *lib. 2.* divini operis:

— quorum Iphitus ævo

Jam gravior, Pelias & vulnere tardus Ulyssi.

Idem alibi:

Natus & ipse Dea.

Quintil. *Tamen si quid adversus te commisit adolescens, sit hostis & meus.* Plin. *lib. 7. cap. 30. Sed & nostrorum gloriam percenseamus.* Igitur *sed &* significat *sed etiam*, ut in

l. 2. in fin. ff. ne quis eum, qui in jus vocat. Quamobrem hoc docemur in adducta lege, quòd non solum conditio illa existit emancipatione, sed etiam morte patris. Rectè Bartol. in *l. patri n. 2. ff. de vulg. & pupill.* ait, particulas *sed &* significare diversitatem facti, & identitatem Juris. Utrovis igitur modo sit impleta conditio, sive emancipatione, sive morte patris, filius ad fideicommissum admittitur, nec post emancipationem mors patris est expectanda *l. mulier 22. ff. ad S. C. Trebell. l. si ita 15. ff. quand. di. leg. ced.*

Nec obstat, quod dixerit Ulpianus: *quasi existente conditione*: cùm revera non impropriè existat conditio, si morte patris filius efficiatur sui juris. Etenim licèt vox illa, *quasi*, aliquando improprietatem notet: tamen sæpenumerò in Jure nostro adjicitur, cùm traditur ratio, cur aliqua in re ita sit
31 constitutum. Quapropter verba illa, *quasi existente conditione*, continent rationem, cur etiam morte patris admittatur ad fideicommissum filius: nempè, quia extitit conditio. In eadem significatione vox hæc usurpatur in *l. verum est 63. §. si cùm tres ff. pro soc.* in *l. constitutionibus. 33. ff. de oblig. & act.* in *l. si verò 5. § hæc autem. vers. quippe ff. de his qui effud. vel dejec.* in *l. si debitori 47. in princ. ff. de fidejuss.* Imò adjicitur etiam particula *quasi* cùm res consideratur, quâ talis est. Sic alicui quasi liberto legari dicitur, cùm ei legatur, quâ libertus est: hoc est, cùm testator ideò ei legat, quia libertus est, & quatenus libertus est *l. falsa §. sed si cui ff. de condit. & dem.* Et liberari dicitur quasi fidejussor, qui liberatur quâ fidejussor est: videlicet tamquam fidejussorio nomine obligatus, non tamquam obligatus alia de causa *l. 5. §. ult. ff. de liber. legat.* Igitur *quasi existente conditione*, potest significare, quòd conditio extiterit, quâ talis est, & quatenus, & quomodo adjecta fuit à testatore. Cùm filius emancipatur, conditio quidem non deficit, quia interpretamur voluisse testatorem etiam in hunc casum filiofam. legare: sed tamen non existit eo modo, & quatenus adjecta fuit à testatore. Et ideò hoc casu non dixit Ulpianus extitisse conditionem, sed eam non defecisse: qua formula uti solent Jurisconsulti, cùm conditio quidem non deficit, & debetur legatum, sed tamen non est impleta eo modo, quo eam testator adscripsit *l. quæ sub conditione* 32
8. §. mortuo ff. de cond. Instit. l. multa ff. de cond. & dem. Cùm verò filius sui juris efficitur morte patris, tunc verè conditio existit, quasi conditio, quia existit ad amussim, sicut à testatore fuit adscripta.

His expositis, constat verissimum esse, quod in conditione non promiscua, cui dies adjectus est, eâ impletâ, dies non est expectandus. Argumenta autem omnia, quæ attulimus, referuntur ad quasdam exceptiones hujus regulæ, quas Pragmatici limitationes appellant, quas modò breviter perstringemus.

Prima igitur est, si dies verè non sit adjectus conditioni, sed ipsi legato & obligationi: tunc enim omninò est expectandus, ut in *l. uxori 35. ff. de usufr. legar.* 33
in l. si ita legatum 103. ff. de cond. & demonstr.

Altera est, si legati solutioni adjecta sit aliqua particula extremum temporis articulum denotans, veluti *tum, tunc dato*, ut in *l. 4. §. 1. ff. de cond & dem.* in *l. uxori 35. ff. de usufr. legat.*

Tertia est, si legatum verè sit in diem, non sub conditione, vel favore libertatis, & alimentorum vel quia dies incertus sit adjectus solutioni legati, ut in *l. si ita scriptum 16. ff. de man. test. in l. pen. C. quando di. leg. ced.*

Quarta est, si non dies conditioni sit adjectus, sed conditio propter diem adscripta, ejus declarandi causâ, ut in *l. si ita legatum 103. ff. de cond. & dem.* in *l. uxori 35. ff. de usufr. leg. &* in *l. fideicommissa 11. §. si cui ff. de legat. 3.*

Quinta est, si dies ita cohæreat conditioni, ut sine illo conditio impleri non possit, ut in *l. cùm hæres 4. §. servire ff. de statu lib.* in *l. servus 34. §. 1. vers. quid enim l. si peculium 20. ff. eod. in l. Thais §. Spendophorus, & §. libertatem ff. de fideic. lib.*

Sexta est, si conditio verè impleta non sit, sed à Jure pro impleta habeatur, quæ cohæret cum superiore: nam tunc locum habet hæc exceptio, cùm conditio desiderabat certum tempus, & ante illud tempus defecit, sed à Jure pro impleta habetur, ut in *d. l. cùm heres* 4. §. *servire ff. de statu lib. cum similibus, & in l. libertis* 18. §. *ab heredibus ff. de alim. leg. l. si ita scriptum* 16. *ff. de manum. testam.*

Septima est, si aliquâ conjecturâ possimus assequi eam fuisse mentem testatoris, ne ante diem legatum præstetur, ut in *l. Publius* 36 §. 1. *ff. de cond. & dem. & l. libertis* §. *ab heredibus ff. de alim. vel cibar. legat.*

CAPUT XXII.

AD L. 1. *ff. de legat.* 2.

SUMMARIUM.

1 *An legatum & institutio conferri possint in alienam voluntatem?*
2 *Modestinus Ulpiani discipulus.*
3 *Legatum conferri posse in alterius arbitrium veluti conditionem, significat solùm tacitè conferri posse.*
4 *Conditio semper tacitè confertur in alienam voluntatem, & n. 6.*
5 *Aliud est, conferre in alienam voluntatem conditionem: aliud, legatum.*
7 *Legatum aliquando tacitè, aliquando expresè confertur in alienam voluntatem.*
8 *Magis repugnat legatum conferrè in voluntatem heredis, quàm tertii. Legatum tacitè, & in voluntatem tertii, & heredis conferri potest.*
9 *Exponitur* l. nonnumquam ff. de cond. & dem. *& conciliatur cum* l. 1. ff. de leg. 2.
10 *Quantum inter se differant conditiones*: si voluerit, & si adscenderit, & non adscenderit.
11 *Conditio*: si adscenderit, *implenda est ubi primùm potest impleri.*
12 *Utraque conditio continet voluntatem Titii: non utraque validum facit legatum.*
13 *Libertas fideicommissaria committi potest voluntati heredis.*
14 *An & voluntati extranei?*

MOdestinus in *l. nonnumquam ff. de cond. & dem.* nos docet in alienam voluntatem conferri legatum non posse, & inutiliter hoc modo legari: *Si Mævius voluerit, Titio decem do.* Idem de hæredis institutione responsum est à Pomponio in *l. si quis Sempronium* 68. *ff. de hered. instit.* Ratio est, 1
quia testamentorum jura ipsa per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere *l. illa institutio. in princ. ff. eod. tit.*

Contrà Ulpianus in *l.* 1. *in princ. ff. de legat.* 2. ait legatum conferri posse in alterius arbitrium, & voluntatem. Verba legis hæc sunt: *In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest: quid enim interest, si Titius in Capitolium adscenderit, mihi legetur, an, si voluerit?* Multi Interpretes, & quidem acutissimi, has leges omninò contrarias esse arbitrantur, & Ulpianum ab aliis Jurisconsultis dissensisse. Ego contrà existimo omnes idem sensisse, idem dixisse: ac Modestinum in *l. nonnumquam ff. de condit. & dem* sententiam Ulpiani in hac nostra lege significatam paulò obscurius, explicare perquisitius, ac diligentius voluisse. Fuit enim Ulpiani discipulus Modestinus *l. si quis uxori* 52. §. *si quis asinum ff. de* 2
furt.

Ait Ulpianus: *In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest.* Quid significant hæc verba? Nempè hoc: quòd legatum conferri potest in alterius arbitrium, eodem modo, quo confertur, aut conferri potest conditio. Nec aliter, salvâ ratione Latini sermonis, hæc verba possumus interpretari. *Quo ex judicio, velut ex incendio, nudus effugit*, dixit olim Cicero in Clodium. Et Horatius:

> *Crescit, occulto velut arbor ævo,*
> *Fama Marcelli.*

Sed frustrà tam perspicuæ interpretationi majorem lucem conamur afferre. Quoniam igitur legatum conferri potest in alterius arbitrium eodem modo, quo confertur conditio, videndum est, quomodo conferatur conditio in alienam voluntatem: nam eodem modo conferri poterit etiam legatum. Dico igitur, quod conditio numquam nominatim & expresè confertur in alienam

3 voluntatem, sed semper tacitè: imò, quod repugnat natura ipsa, & formula conditionis, quæ non patitur, ut expresſè in alienam voluntatem conferatur. Itaque cùm in hac lege Ulpianus nos doceat, quod legatum conferri potest in alterius arbitrium, eodem modo, quo conditio, id ipsum nos docet, quod Modestinus in *d. l. nonnumquam*: videlicet, quòd legatum tacitè, non expresſè conferri potest in alienam voluntatem.
4 Demonstrandum est igitur, conditionem semper tacitè conferri in alterius voluntatem, numquam expresſè: imò nec expresſè conferri posse naturâ ipsius conditionis repugnante.

Separatum quiddam est à conditione legatum. Legatum continet id, quod est à testatore relictum. Conditio continet factum, quo suspenditur id, quod est relictum à
5 testatore. Itaque aliud est, in alienam voluntatem conferre legatum: aliud, conferre ipsam conditionem. Quapropter rectè Ulpianus in hac lege separat, atque distinguit legatum collatum in alterius arbitrium à conditione in ejusdem arbitrium collata. Legatum confertur in alterius arbitrium, cùm legatum ipsum immediatè (ut ita dicam) pendet ab alterius voluntate. Conditio verò in alterius arbitrium confertur, cùm factum illud, quo legatum suspenditur, ab aliena voluntate pendet. Dicam planius, si potero. *Lego Titio centum, si Cajus in Capitolium adscenderit*: Hic ipsa conditio collata est in voluntatem Caji. Conditio est factum adscendendi: factum adscendendi pendet à voluntate Caji. Igitur conditio ipsa pendet à voluntate Caji, in ejus voluntatem est collata. Rursus ponamus hoc modo legatum fuisse: *Lego Titio centum, si Cajus voluerit*. Hic legatum ipsum collatum est in voluntatem Caji, non verò conditio. Etenim id ipsum, quod relinquitur à testatore, committitur voluntati Caji. Conditio verò non est collata in voluntatem Caji: nam in conditione nullum factum positum est distinctum, ac separatum à voluntate Caji, à qua pendere debeat. Voluntas Caji est ipsa conditio. Nihil autem refertur ad se ipsum, sed unumquodque refertur ad aliud, quod sit ab ipso distinctum. Itaque non potest dici in voluntatem Caji conditio; sed legatum ipsum. Legatum enim conditionale confertur in eventum conditionis adjectæ: atqui eventus adjectæ conditionis est voluntas Caji: igitur legatum ipsum collatum est in Caji voluntatem, non conditio. Scio non semper hæc in Jure nostro distingui; quare conditio illa, in qua nominatim exprimitur voluntas aliena, aliquando dicitur collata in alienam voluntatem, licèt revera non ipsa conditio, sed legatum sit collatum, aut obligatio, ut in *l. stipulatio 17. ff. de V. O. l. in venditis C. de contrah. empt. l. in personam. 22. §. generaliter ff. de Reg. Jur.* Plerumque tamen hoc modo in alterius voluntatem conferri dicitur legatum ipsum; ipsa obligatio; seu, quod idem est, alienæ voluntati committi. *l. illa institutio 32. in princ. ff. de hæred. Instit. l. nonnumquam in fine ff. de cond. & dem. l. Senatus 43. §. legatum ff. de leg. 1. l. fideicommissa 46. §. quamquam. ff de fideicomm. libert. l. fideicommissa 11. §. quamquam in fin. ff. de leg. 3. l. hæc venditio 7. l. si in emptione 34. §. si emptio ff. de contr. empt. l. 2. §. non utique, alias l. 3. ff. de eo quod certo lo.*. Præterea cùm in nostra *l. 1.* Ulpianus distinguat legatum collatum in alterius arbitrium à conditione in alterius arbitrium collata, utique nulla alia inter hæc duo potest excogitari differentia.

Quibus constitutis, satis constat conditionem semper tacitè conferri in alienam voluntatem: expresſè autem nullo modo posse. Nam aut in conditione est expressa voluntas, aut non est expressa. Si non est expressa voluntas, ut in hoc legato: *Lego Titio centum.* 6
si Cajus in Capitolium adscenderit: tacitè conditio collata est in voluntatem Caji *l. si quis Sempronium 68. ff. de hæred. instit. l. nonnumquam in princ. ff. de cond. & dem.* Si verò sit nominatim expressa voluntas in conditione, legatum ipsum collatum erit in voluntatem Caji, non conditio; ut suprà probavimus, & constat ex *d. l. nonnumquam. in fin.* & ex *l. illa institutio. in princ. ff. de hæred. inst.* Verissimum est igitur eam esse

naturam, &, ut ita dicam, conditionem conditionis, ut solum tacitè conferri possit in voluntatem alienam.

Progrediamur ultrà. Conditio solum tacitè confertur in alienam voluntatem: legatum aliquando confertur expresè, aliquando tacitè. Expresè confertur hoc modo: *Lego*
7 *Titio centum, si Cajus voluerit.* Tacitè confertur hoc modo: *Lego Titio centum, nisi Cajus noluerit*, argumento textûs in *l. fideicommissa* 11. §. *sic fideicommissum ff. de leg.* 3. Nam verba illa: *nisi Cajus noluerit*, sic interpretatur, *si Cajus non repugnaverit, non contradixerit, cùm primum poterit d. l. vers. & primam.* Item tacitè confertur legatum in alienam voluntatem hoc modo: *Lego Titio centum, cùm Cajus voluerit.* In hoc enim legato tempus exprimitur, & tacitè subest conditio voluntatis *l. si Titio* 22. *in princ. vers. nec interest. ff. quan. dies leg. ced.* Sciendum igitur est, quod legatum est inutile, si in alienam voluntatem conferatur expresè *l. nonnumquam. in fin. ff. de cond. & dem.* si verò collatum sit in alienam voluntatem tacitè, illis modis, quos nunc proposuimus, valebit legatum. Etenim illis modis conferri potest legatum etiam in voluntatem ipsius hæredis *l. fideicommissa* 11. §. *sic.* 5. *ff. de leg.* 3. & §. *hoc autem* 6 *ejusd. legis. l. fideicommissa* 46. §. *quamquam ff. de fideic. libert:*
8 *l. uxorem* 41. §. *pen. ff. de leg.* 3. magis autem repugnat legato voluntas hæredis adjecta, quàm extranei *l. Senatus* §. *legatum ff. de leg.* 1. quia nulla obligatio conferri potest in voluntatem debitoris *l. sub hac* 8. *ff. de oblig. & act. l. stipulatio* 17 *l. à Titio* 108. §. 1. *l. centesimis* 46. *in fin. ff. de V. O. l.* 7. *ff. de contr. empt. l. in vendentis* 13. *C. eod. l.* 2. §. *non utique ff. de eo quod cert. loc.* cùm hoc repugnet naturæ ipsius obligationis, quæ necessitate debet adstringere debitorem *princ. tit. Inst. de oblig. l.* 3. *ff. de oblig. & act.*

His expositis, facilis est nostræ legis interpretatio. *In alterius arbitrium conferri legatum, veluti conditio potest.* Conditio confertur in alterius arbitrium solum tacitè, ut probavimus: ergò si legatum conferri potest in alterius arbitrium, sicut conditio, ipsum quoque legatum conferri poterit solum tacitè. Nempè iis modis, quos modò recensuimus; non autem expresè. Hoc & verissimum est, & confirmat communem sententiam, non eam labefactat. Quia verò hæc ab Ulpiano dicta erant paulò brevius, atque obscurius, idcircò Modestinus ejus studiosus eadem hæc dilatavit, & descripte, ac luculenter digessit in *l. nonnumquam ff. de cond. & dem.* Ac primum proposuit exemplum con- 9
ditionis collatæ in alienam voluntatem, docuitque legatum utile esse: quia licèt pendeat ab aliena voluntate; tamen voluntas in conditione non est expressa nominatim, uno verbo, quia conditio, non legatum erat collatum in alienam voluntatem. Deinceps subjicit exemplum legati collati in alienam voluntatem, & hoc inutile esse docet ea de causa, quia legatum in alienam voluntatem conferri non potest: ut nos doceat, quod in superiori exemplo erat utile legatum, quia non ipsum legatum erat collatum in alienam voluntatem, sed conditio legati. Denique subjicit regulam illam, quam & initio constituerat, quòd expressa nocent, non expressa non nocent, ut intelligamus etiam legatum ipsum tacitè conferri posse in alienam voluntatem.

Nunc reliqua deinceps legis verba sunt explicanda. Ait Ulpianus: *Quid enim interest, si Titius in Capitolium adscenderit, mihi legetur, an, si voluerit?* Hæc verba, si referamus ad legatum, & generaliter interpretemur, nihil interesse inter has formulas, & adjectiones: *Si volueris*, & *si in Capitolium adscenderis*, falsam omninò sententiam continent. Multum enim interest inter has 10
duas conditiones. Si centum promittas sub hac conditione, *si volueris*, nulla contrahetur obligatio *l sub hac* 8. *ff. de oblig. & act. l. centesimis in fin. ff. de V. O.* Si verò promittas sub hac conditione, *si in Capitolium adscenderis*, contrahetur obligatio, cùm contrahatur etiam sub conditione, *si non adscenderis l. veluti* 17. §. 1. *l. quicquid* 99. §. 1. *l. ita stipulatus* 115. §. 1. *ff. de V. O.* Rursus, si instituas hæredem sub conditione, *si Titius voluerit*, nulla erit institutio: at si

instituas sub conditione, *si Titius in Capitolium adscenderit*, utilis erit institutio *l. si quis Sempronium* 68. *ff. de hered. inst.* Neque verò existimandum est, tam bardum fuisse Ulpianum, ut non intelligeret, quantum hæc duo inter se differant. Legatum confertur in eventum conditionis: in illa, conditionis eventus est ipsa voluntas Titii; in hac, est factum adscendendi, non voluntas: in illa, statim ac Titius voluerit, legatum debebitur; in hac, etiamsi maximè velit legatum deberi, tamen non debebitur, nisi in Capitolium adscendat. Atqui ne adscendat multa in causa esse possunt. Potest morbo impediri, distineri negotiis, vel, dum piget illum adscendere, & procrastinat, mori, quod evenisse proponitur in *l. ult. vers. quod si non adscendisset ff. de cond. instit.* Finge etiam Titio legatum ab alio relictum fuisse sub conditione, *si in Capitolium non adscenderit*, ut in *l.* 3. *ff. de leg.* 2. utique in Capitolium non adscendet, ut sibi legatum debeatur. Etenim etiamsi vellet alteri quoque legatum deberi, tamen mavult alium legatum amittere, quam se ipsum. Finge mille alias causas: nam ut Titius in Capitolium ad-
11 scendat, sine ejus incommodo fieri non potest, præsertim quia hæc conditio implenda est statim, ac potest impleri *l. hac conditio* 29. *ff. de cond. & demonstr.* At verò ut Titius velit, sine ullo ejus incommodo fit: itaque adjectâ hac conditione ipse omninò arbiter est, & quasi dator legati, quod est contra naturam ultimarum voluntatum *l. illa institutio ff. de hered. instit.* Præterea multò magis pendet à voluntate conditio illa, *si in Capitolium non adscenderit*, quàm hæc, *si in Capitolium adscenderit*: facilius est enim non adscendere, quàm adscendere; & tamen etiam illa conditio multum differt à conditione, *si voluerit*, nam si quis promittat sub conditione, *si voluerit*, non obligatur; obligatur autem si promittat sub conditione, *si non adscenderit in Capitolium*: ut modò probavimus.

Alia igitur horum verborum investiganda est interpretatio. Ea verba, quantum arbitror, ab Ulpiano videntur adjecta ad explicandum id quod ante dixerat subobscurè. Dixerat legatum conferri posse in alterius arbitrium, eodem modo, quo confertur conditio. Dubitari poterat quomodo conditio conferatur in alterius voluntatem, ita ut differat, & distinguatur ab ipso legato in alterius voluntatem collato. Quod quia non est ita perspicuum, nos pluribus suprà explicavimus, cùm id nemo, quòd sciam, animadverterit. Ulpianus autem more veterum Jurisconsultorum paucis verbis idem indicavit. Proposuit enim exemplum conditionis collatæ in alterius arbitrium, cujusmodi est illa: *si Titius in Capitolium adscenderit*; quod proponitur etiam à Modestino in *l. nonnumquam. in princ. ff. de cond. & dem.* Ut autem ostenderet hanc conditionem 12
collatam esse in voluntatem Titii, dixit: nihil interesse, *si Titius in Capitolium adscenderit, mihi legetur, an, si voluerit.* Nihil interest quoad comprehendendam voluntatem Titii, & efficiendum, ut utraque conditio contineat Titii voluntatem: sed quòd valeat legatum, multum interest. In illa voluntas est expressa; in hac voluntas non est expressa; sed tamen & ipsa voluntatem continet, quia tacitè inest. Sic in *l. quodcumque* 45. §. *non solam ff. de V. O.* Idem Ulpianus ait: quod nihil interest, dicat quis, *cùm veneris*, an *si veneris*; *cùm morieris*, an *si morieris*: quia in hac formula conditio est expressa: in illa verò tacitè inest *l. si Titio* 22. *in princ. ff. quan. dies leg. ced.* Cæterùm quoad actum, cui adjiciuntur, multum interest inter has duas particulas, *cùm*, & *si*. Etenim si promittam sub conditione, *si volueris*, inutilis est stipulatio: si verò promittam, *cùm volueris*, valet stipulatio *l. centesimis* §. *si ita. cum seq. ff. de V. O.* Sic *in nostra lege* 1. nihil interest inter utramque conditionem, quoad voluntatem Titii, quæ utraque conditione continetur; non quòd utrumque legatum valeat. Nam hoc legatum, *si Titius voluerit*, inutile esse putabat etiam Ulpianus. Conjecturâ id assequi possumus considerando sententiam ejusdem Ulpiani in *l. fideicommissa* 46. *ff. de fideicomm. libert.* Nulla res est tanto favore

digna, quanto est libertas: itaque licet nullum legatum possit conferri in voluntatem, & nutum hæredis, tamen conferri potest libertas fideicommissaria, ut ait Ulpianus in
13 *d. l. in princ.* Deinde quærit, an eodem modo libertas fideicommissaria conferri possit in voluntatem extranei, & in hoc videtur hæsitare, ac titubare: respondet enim his verbis: ***mihi videtur posse dici valere libertatem, quia conditio potius est.*** Quæ dubitatio, quanta hæsitatio, tractusque verborum? Proindè quasi non sufficiat favor libertatis, quærit adminicula, quibus fulciat sententiam suam,
14 videlicet, quòd voluntas aliena sit adjecta tamquam conditio, tamquam aliquis eventus, tamquam aliquod factum. Quibus animadversis, constat Ulpianum in alio legato multò aliter responsurum fuisse. Nam si alia quoque legata rectè conferrentur in alienam voluntatem, quis de libertate posset dubitare? Quæ amentia esset, si hæsitaret in legato libertatis ille, qui in aliis legatis sine hæsitatione responderat, posse in alterius arbitrium conferri? Præsertim cùm ille ipse Ulpianus paulò ante dixerit, libertatem conferri posse in voluntatem hæredis, in quam nullum aliud legatum conferri potest. Hæc sunt, quæ ad explicationem hujus legis, si non ad mentem Ulpiani, saltem dilucidè, quantum natura rei ferebat, à nobis exponenda esse duximus.

CAPUT XXIII.

AD L. SUB HAC 8. *ff. de oblig. & act.*

SUMMARIUM.

1 *Sub conditione*, si volam, *nulla contrahitur obligatio.*
2 *Contractus non ante perficitur, quàm sit impleta conditio.*
3 *Giphanius reprehenditur.*
4 *Harprechti sententia reprobatur.*
5 *Ex contractu conditionali fingitur initio nata obligatio.*
6 *Cujacius reprehenditur.*
7 *Quæ in re differant hæ duæ conditiones*: si volam, *&* si voluero.
8 *Qui contrahunt sub his conditionibus non habent animum obligandi.*
9 *Contractus simulati nullam vim habent.*
10 *Conditiones in præsens, vel in præteritum collatæ statim perimunt obligationem, si falsæ sint.*
11 *Conditio, quæ semel defecit, amplius impleri non potest.*
12 *Conditio, quæ personæ cohæret, ab alio impleri non potest.*
13 *Conditiones prædictæ cohærent personæ promissoris.*
14 *Quantum hac in re differant contractus à legatis.*

QUoniam suprà diximus obligationem conferri non posse in voluntatem debitoris, quæ sententia cùm stabiliri, tùm infirmari videtur *l. sub hac* 8. *ff. de oblig. & act.* idcircò eam explicare operæ pretium esse ducimus. Est autem multò difficilior, quàm plerique opinantur, & multò aliter exponenda, quàm Doctissimi Viri arbitrantur.

Ait Pomponius: *Sub hac conditione, si volam, nulla contrahitur obligatio: pro non dicto enim est, quòd dare, nisi velis, cogi non possis.* Hactenus rectè: & consentit cum aliis Juris- 1
consultis in *l. stipulatio* 17. *ff. de V. O.* in *l. centesimis* 46. *in fin.* in *l. à Titio* 108. §. 1. *ff. eod.* in *l.* 2. §. *non utique ff. de eo quod. cert. loc.* in *l.* 7. *ff. de contr. empt.* in *l. in vendentis* 13. *C. eod. tit.* in *l. Senatus* §. *legatum ff. de leg.* 1. sed verba, quæ sequuntur, non solum aliorum sententiæ videntur esse contraria, sed etiam cum ipsius Pomponii sententia dissidere. Ait enim: *Nam nec hæres promissoris ejus, qui numquam dare voluerit, tenetur: quia hæc conditio in ipsum promissorem numquam extitit.* Ideò non tenetur hæres promissoris, quia conditio defecit, quia promissor numquam dare voluit: ergò si non defecisset conditio, si promissor dare voluisset, teneretur hæres, & contracta fuisset obligatio. Est hoc fortissimum argumentum *l.* 1. *in princ. ff. de officio ejus cui mand.* Est hoc commune omnibus conditionibus. Ideò enim non nascitur obligatio ex contractu, cui adjecta est cujusquemodi conditio, quia conditio non extitit *l. si quis* 37. *in fin. ff. de contr. empt.* nam contractus non ante perficitur, quàm sit impleta conditio *l.* 7. *in princ. ff. eod. tit.* Non differt igitur hæc conditio 2
ab aliis conditionibus: sed aliæ conditiones

contractibus rectè adjiciuntur §. *omnis*, *cum duobus seqq. Inst. tit. de V. O.* ergò non minus rectè adjicietur hæc conditio. Quid igitur est, quod ait J. C. *initio legis*: sub hac conditione nullam contrahi obligationem.

Giphanius putat in hac secunda legis parte Pomponium tractare de eo, qui promisit sub conditione, *cùm voluerit*, quæ conditio non infirmat stipulationem, deficit tamen mo-
3 riente promissore, antequam velit *l. centesimis* §. *si ita ff. de V. O.* Hoc quia perspicuè falsum est, non attinet refutari. Numquam ei, qui verba legis accuratè consideraverit, hoc poterit persuaderi.

Harprechtus, Vir in primis copiosus, & doctus, ait, inutilem esse stipulationem; sed si promissor voluerit, existente conditione convalescere. Omitto pervulgatam illam
4 regulam: *Quod initio non valet, tractu temporis non convalescit.* Absurdum videtur, ut conditio illa, quæ adjecta omninò infirmat stipulationem, eamdem confirmet existens. Si existente conditione nascitur obligatio, falsum est, quod dixit J. C. *Sub hac conditione nullam contrahi obligationem.* Omnis conditio suspendit obligationem, donec
5 existat *l. cedere diem ff. de V. S. l. legata* 41. *ff. de cond. & dem.* sed cùm retrotrahatur in contractibus ad tempus celebrati contractûs, initio contracta videtur obligatio *l. necessario* 8. *in princ. ff. de peric. & comm. rei vend. l. sub conditione* 16. *ff. de solut. l. filiusfam.* 78. *ff. de V. O. l. potior* 11. §. 1. *ff. qui pot. in pig. hab.* spectamus enim id tempus, quo contrahimus *l. non omne* 144. §. 1. *ff. de Reg. Jur.* Falsum est igitur nullam contrahi obligationem, cùm vel ab initio contracta videatur. Exemplum autem ab Harprechto allatum ad rem non pertinere vel cæci videant.

Doctissimus Cujacius docet hanc stipulationem inutilem non esse. Discrepant enim
6 inter se hæ duæ conditiones *si volam*, & *si voluero.* hæc semper infirmat stipulationem, cui adjicitur: illa non infirmat stipulationem, si exstat ante mortem promissoris, nec obstat obligationi.

Si hæc approbamus, qua ratione tuebimur, ac defendemus Pomponium, qui initio legis affirmat nullam contrahi obligationem, & pro infecta haberi stipulationem? Quid? an non alii omnes clamant, in voluntatem debitoris conferri non posse obligationem; an debeat, in voluntate debitoris poni non posse; non posse à voluntate debitoris statum capere promissionem *l. stipulatio* 17. *ff. de V. O. l. in vendentis* 13. *C. de contr. empt. l.* 7. *in princ. ff. eod. l.* 2. §. *non utique ff. de eo quod cert. loc. l. à Titio* 108. §. 1. *ff. de V. O.* Discrepant quidem quoad 7
electionem hæ duæ conditiones: *si volam*, &, *si voluero.* Illa tractum quemdam habet, & infinitum tempus comprehendit: hæc momento temporis consumitur, & primam voluntatem demonstrat, quia quiddam præteriti temporis habet admixtum. Itaque qui promisit se daturum servum, quem *volet*, potest semper mutare electionem, donec aliquem servum dederit. At qui promisit se daturum servum, quem *voluerit*, electionem mutare non potest, & tenetur eum dare, quem semel elegerit: quia jam voluit, & solus actus voluntatis stipulatione continetur sine tractu temporis infiniti, quo actu perfecto, iterum velle non potest *l. si quis* 112. *ff. de V. O.* Sed hæc nostræ legi non possunt accommodari. Neque enim minus repugnat naturæ, & necessitati obligationis hæc, quàm illa conditio. Non quærimus an mutari possit voluntas; sed an posita sit in voluntate debitoris obligatio. Conditio illa, *si volam*, eò magis in mea voluntate ponit obligationem, quò magis liberam continet voluntatem: possum enim semper eam mutare, & adhuc liber sum, etiam postquam voluero.

Dicam ego quod sentio, ita tamen, ut meam sententiam nulli prælatam velim. Duo sunt, quæ, meo judicio, docere nos voluit Pomponius in hac lege. Primum est, quod adjectâ hac conditione, contrahi non potest obligatio, non solum quia hæc conditio repugnat naturæ obligationis, sed etiam quia contrahentes nolunt contrahere obligationem. Nam neque ille qui stipulatur sub conditione, *si debitor voluerit*, habet animum 8
obligandi promissoris, neque promissor habet

bet animum se obligandi, qui promittit se daturum, *si voluerit*. Ludunt, & jocantur contrahentes, non revera contrahunt: nam sine animo, & proposito contrahendi obligatio non contrahitur *l. 3. §. ult. ff. de oblig. & act. l. nuda ff. de contr. empt.* Itaque nec
9 contractus imaginarii, & simulati ullam vim habent *d. l. nuda, & l. 1. §. Divi fratres ff. de quæst. l. creditor. 20. C. de don. inter vir. & uxor. l. cum ea C. de transact. l. si ex pretio C. si cert. pet. l. si obligatum C. de solut.* Varro *lib. 5. de Ling. Lat. Non spondet statim, qui dixit, spondeo, si jocandi causâ dixit: neque agi potest cum eo ex sponsu.* Simile quid de conditione impossibili Mæcianus respondit in *l. non solum ff. de obligat. & act.* Adjectâ conditione impossibili contrahentes non obligantur: quia procul dubio ejusmodi est eorum cogitatio, ut nihil agi existiment, appositâ eâ conditione, quam sciant esse impossibilem. Sic appositâ conditione; *si volueris*, aut, *si voles*, nihil agi existimant contrahentes, & nolunt contrahere obligationem. Quamobrem hæc conditio statim deficit, quia statim certum est nolle obligari promissorem, & proindè statim quoque nulla est stipulatio, ut accidit in conditionibus in
10 præsens, vel in præteritum tempus collatis, quæ, si falsæ sint, statim perimunt obligationem *§. conditiones Inst. tit. de V. O. l. conditio 100. ff. de V. O. l. cùm ad præsens 37. cum seqq. ff. de reb. cred.* Hæc voluit significare Pomponius in *nostra lege*, cùm ait: *pro non dicto enim est, quòd dare, nisi velis, cogi non possis.* Videlicet pro infecto habetur contractus, cùm desit animus se obligandi, sicut pro infectis habentur, quæ simulantur *l. cum ea C. de transact. l. si ex pretio C. si cert. pet.* Deinde subdit, quod hæc conditio in ipsum promissorem numquam extitit, qui numquam dare voluit: quibus explicat, promissorem non habuisse animum se obligandi, numquam dare voluisse, statim defecisse conditionem: quia dare non vult, qui ita promittit.

Atque hùc referendum esse puto, quod traditur de fidejussoribus. Fidejussor in alienam obligationem accipi non potest, non potest debere id, quod non debet principalis debitor *l. si ita 42. l. 8. §. si quis Stichum ff. de fidejuss.* Itaque si reus principalis promiserit Stichum, aut Pamphilum, fidejussor autem promittat Stichum, utilis erit fidejussio *l. hi qui 34. & l. 8. §. contra ff. de fidejuss.* Ita tamen, ut pendeat fidejussio; nam si reus principalis voluerit solvere Pamphilum, quem non promisit fidejussor, non erit obligatus fidejussor. Contrà verò si reus principalis promiserit decem, & fidejussor promiserit decem, aut Stichum, statim est inutilis fidejussio *d. l. 8. §. si quis Stichum, & l. si Stichum 38. ff. de fidejuss.* Non expectatur hîc, ut fidejussor eligat Stichum, quem non debet principalis: quia initio præsumitur hunc elegisse, & noluisse se obligare, qui hoc modo contraxit. Sic in eo, qui promisit se daturum, *si volet*, non expectatur ut velit, statim nolle præsumitur; statim deficit conditio; & cùm semel defecerit, amplius impleri non potest *l. Thais 41. §. intra ff.* 11
de fideic. lib. l. pupillorum C. de adm. tut.

Est & aliud quiddam, quod nos voluit docere Pomponius in hac lege, ut proposuimus; videlicet, hanc conditionem injunctam esse personæ promissoris, eique cohærere, ita ut ab alio impleri non possit, nec ab ipso ejus hærede. Promissor non tenetur iis de causis, quas modò diximus. Hæres 12
autem promissoris alia quoque de causa non tenetur, quia conditio personæ promissoris erat injuncta, & cùm in ipsum non extiterit, ab ejus hærede non potest impleri. Itaque etsi stipulatio naturâ suâ esset utilis, tamen non teneretur, quia morte promissoris deficeret conditio *l. si ita expressum 69 ff. de* 13
cond. & dem. Explicat hanc Pomponii sententiam Paulus in *l. centesimis §. si ita ff. de V. O.* ubi ait, quod si quis ita stipuletur: *cùm volueris, dabis*, quidam putarunt utilem esse stipulationem: sed evanescere, si moriaris, antequam te velle constituas: idque verum esse. Est utilis hæc stipulatio, & tamen hæres promissoris non tenetur, quia ipse conditionem implere non potest. Et hoc est, quod monere voluit Pomponius in secunda parte legis nostræ: nempè, quòd hæ-

res multò minus tenetur, quàm promissor: nam etsi conditio illa non corrumperet stipulationem, tamen hæres ejus promissoris, qui numquam voluit, non potest obligari, quia conditio injuncta est personæ promissoris.

Neque hoc temerè admonuit. Sed primùm, ut intelligamus, etiam in casu, quo valet similis stipulatio, tamen hæredem non teneri, si promissor numquam voluit: qui casus refertur à Paulo in *d. l. centesimis.*

Præterea, ut ostenderet quantum contrac-
14 tus differrent à legatis. In his enim si debitor, antequam moriatur, non constituat se velle solvere fideicommissum, hæres ejus statim tenetur ad solvendum *l. fideicommissa* 11. §. *hoc autem.* & *l. uxorem* §. *Scævola ff. de leg.* 3. Itaque in contractibus morte debitoris deficit conditio: contrà in fideicommissis morte debitoris extitit.

CAPUT XXIV.

AD L. OBTINUIT 3. *ff. de cond. & dem.*

SUMMARIUM.

1 *Conditionum impossibilium genera.*
2 *Conditiones naturâ impossibiles quæ: & an detrahantur?*
3 *Conditio impossibilis naturâ vitiat contractus: & quare? n.* 4.
4 *Differentia inter contractus, & ultimas voluntates.*
5 *Testatoris maximè interest suam voluntatem exitum habere.*
6 *Jus Civile vigilantibus scriptum est.*
7 *Jus Civile favore testatorum aliquando inducit aliquid contra eorum mentem.*
8 *Lex Falcidia favore testatorum, & hæredum lata.*
9 *Longissimum tempus, quo quis vivere non possit, detrahitur.*
10 *Statu liber ab alio manumissus non Romanam, sed Latinam libertatem consequebatur.*
11 *Quidam dabant libertatem in tempus mortis, ne servus umquam posset ad libertatem pervenire.*
12 Millies *quanta summa: & an faciat impossibilem conditionem.*
13 *Reprehenditur Chesii expositio.*
14 *Falsæ conditiones quæ, & earum genera.*
15 *Conditiones, quæ semper falsæ fuerunt, detrahuntur.*
16 *Item, quæ falsæ factæ sunt, aut ante conditum testamentum, aut per hæredis institutionem.*
18 *Detrahuntur etiam conditiones, quas testator falsas esse ignoravit.*
19 *Aufertur legatum, & donatio manumisso, qui natales repetiit*
22 *Conditio reddendi tabulas vi ipsa continet liberationem.*
23 *Conditio hæc non est impossibilis, etiam tabulis non existentibus, nisi cùm hæres debitor non est.*
24 *Conditio, quæ falsa esse incipit post conditum testamentum, non detrahitur.*
25 *Aliud est* detrahi conditionem: *aliud eam non* deficere, *aut pro impleta haberi.*
26 *Conditio restituendi res in dotem datas impletur restituendo quicquid superest.*
27 *Periculum rerum dotalium æstimatarum pertinet ad maritum: & quare, n.* 28.
29 *Conditio jurisjurandi remittitur, & resolvitur in modum, adeo ut legatum non sit amplius conditionale, & factum implendum sit solum, si potest.*
31 *Viventis nulla est hæreditas: nec recipit æstimationem.*
32 *Æstimatio, quanti, plurimi, respicit tempus præteritum, non futurum.*
33 *An conditio pro impleta habeatur, cùm per legatarium non stetit, quominus impleatur.*
34 *Si conditio post mortem testatoris fiat falsa, non detrahitur, sed aliquando pro impleta habetur.*
35 *Conditiones à Jure improbatæ sunt impossibiles; quot earum species; detrahuntur etiam ex testamento militis.*
36 *Aliquando improbatur à Jure conditio: aliquando ipsa dispositio.*
37 *Cùm improbatur dispositio, ipsa corruit: vide exempla.*
38 *Vitiosa, & impossibilis dispositio valere non potest: & quando sit ejusmodi.*
39 *Cur non valeat dispositio captatoria, perplexa, & in alienam voluntatem collata.*
40 *Dies aliquando reddit dispositionem impossibilem.*
41 *Imò potius reddit impossibilem solutionem, quia dies non efficit substantiam dispositionis.*
42 *Cùm habetur pro non scripta solutio præcepta à testatore, succedit necessitas solvendi juxta naturam obligationis.*
43 *Angustiæ temporis reddunt nullum contractum: & quare?*
45 *Conditiones turpes, quæ neque legibus, neque bonis moribus repugnant, non remittuntur.*

O*Btinuit impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas.* Brevis, & clara lex, sed magnis controversiis implicata: propterea perspicuè est explicanda. Conditiones, quæ pro nullis haben-

1 tur, aut impossibiles sunt: aut falsæ: aut contra jus: vel, ut cum nostris loquar, quædam sunt impossibiles naturâ: quædam ex suppositione: quædam Jure.

2 Impossibiles naturâ sunt, quibus naturâ impedimento est, quominus possint existere *§. si impossibilis Inst. tit. de inutil. stipul.* Harum hujusmodi exemplum in Jure nostro proponitur: *si digito cœlum tetigeris*: ut in *d. §. si impossibilis, & in l. cùm in secundo. in fin. ff. de injust. rupt.* Veteres Scriptores *digito cœlum attingere* dicebant eos, qui ad summum insolitæ felicitatis fastigium videbantur evecti. Eleganter Cicero ad Atticum: *Nostri autem Principes digito se cœlum putant attingere, si mulli barbati in piscinis sunt, qui ad manus accedant.* Horat.

— Sublimi feriam sidera vertice.

Lysimachus devictâ Thraciâ, cùm ad eum Byzantio legati venissent, dixisse fertur: *Nunc ad me veniunt Byzantii, cùm hasta cœlum tango.* Argutè respondit Pasiades: *Abeamus hinc, ne cuspide cœlum perforet.*

Nostri verò Juris Conditores hæc verba naturaliter acceperunt, & impossibilem conditionem continere statuerunt *d. §. si impossibilis, & d. l. cùm in secundo*: & ideò pro non scriptis habenda esse in testamentis, cùm impossibiles conditiones detrahantur ab ultimis voluntatibus, & pro non adjectis habeantur *l. obtinuit 3. ff. de cond. & demonst. l. 1. ff. de cond. inst. §. impossibilis Inst. tit. de hered. inst.*

Duo tamen occurrunt, quæ homines etiam in Jure exercitatos impediunt, & nutare co-
3 gunt in hac sententia defendenda. Primum, exemplum contractuum, quos inutiles esse adjectâ impossibili conditione certo certius est *l. non solum ff. de oblig. & act. l. impossibilis 7. ff. de V. O. §. si impossibilis Inst. tit. de inut. stip. l. si sub impossibili 29. ff. de fidejuss.*

Sed hunc nodum dissolvit Mæcianus in
4 *l. non solum ff. de oblig. & act.* ubi discrimen inter contractus, & ultimas voluntates nobis indicat his verbis: *Quia in ea re, quæ ex duorum, pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur: quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, appositâ eâ conditione, quam sciant esse impossibilem.* Hæc ratio non convenit ultimis voluntatibus, quæ solius disponentis voluntate constant, non duorum, pluriumve consensu. In ultimis voluntatibus ille, cujus maximè interest valere dispositionem, videlicet hæres, aut legatarius, non intervenit dispositioni, ut possit impedire, ne testator adjiciat impossibilem conditionem: & quamvis interveniret, id impedire non posset, quia in ultima dispositione ejus voluntas non spectatur. In contractibus maximè interest ejus, qui se obligat, ne contractus valeat: adeoque facilè præsumitur, eum obligari noluisse. In altero contrahente facilè etiam admittitur præsumptio, eum nihil agere voluisse: ea de causa quia consensit adjectioni conditionis impossibilis, quam sciebat existere non posse. In defunctorum dispositionibus contraria omnia. Testatoris 5
maximè interest voluntatem suam exitum habere *l. & quia ff. de interr. act. §. licet Inst. tit. quib. manum. non lic. princ. tit. Inst. de Leg. Falcid.* adeoque præsumi non potest, eum inutiliter disponere voluisse. Maximè quoque interest ejus, cui aliquid in testamento relinquitur *l. potest hæres ff. ad Leg. Falc.* sed non potest ei imputari, cur consenserit conditioni impossibili, quia nec intervenit, nec spectatur ejus voluntas in ultima dispositione.

Concurrit etiam favor ultimæ voluntatis. Neque enim is sum, qui hac in re Bartolum, & alios reprehendam. Poterat enim lex improbare dispositionem, tamquam ab homine non sanæ mentis factam *l. 2. & l. 5. in fin. ff. de inoffic. testam. princ. tit. Inst. eod.* Eleganter Terentius in *Heautont. act. 2. scen. 3.*

Siquidem id sapere est, velle te id, quod non potest contingere.

Maluit autem præsumere conditionem incautè excidisse. Poterat nihilominus, etiam admissâ hac præsumptione, non approbare

dispositionem. Sibi enim imputet testator, si incautè, & inconsultò disposuit: nam Jus
6 Civile vigilantibus scriptum est, *l. pupillus 24. ff. quæ in fraud. credit.* Hæc omnia insuper habuerunt Jurisconsulti Veteres, ut faverent, tùm testatoribus, tùm hæredibus, & aliis, quibus aliquid sub hujusmodi conditione fuerat in testamento relictum. Animadvertebant enim legem ipsam, aliquando favore tàm testatorum, quàm hæredum,
7 aliquid statuere contra voluntatem defuncti. Exemplo sit Lex Falcidia, quæ inducta est contra sententiam testatorum *l. Titia 86. in*
8 *fin. ff. ad Leg. Falcid.* favore tamen eorumdem testatorum *princ. tit. Inst. de Leg. Falcid.* & etiam hæredum *l. potest ff. eod.* Quantò magis igitur ad servandam ultimam voluntatem præsumi debet, conditionem incauto testatori, & turbato cogitatione mortalitatis excidisse: eique venia danda est: nec ejus incogitantiæ imputandum est, quòd sibi consultius non providerit.

Alterum est Pauli responsum in *l. cùm hæres §. non est statu liber ff. de statu lib. Non est statu liber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore, qui manumissus est, vivere non possit: aut si tam difficilem, imò penè impossibilem conditionem adjecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit: veluti si hæredi millies dedisset, aut cum moreretur liberum esse jussisset: sic enim libertas inutiliter datur: & ita Julianus scribit: quia nec animus dandæ libertatis est.* Duæ hìc condi-
9 tiones impossibiles proponuntur. Longissimum tempus, quo vivere non possit is, qui manumissus est. Hujusmodi tempus detrahi solet *l. si mihi 12. §. si quis servos ff. de leg. 1.* sed hæc vitiat legatum libertatis, quo nullum est favorabilius. Altera est conditio: *si millies dederit*: quam penè impossibilem dicit Jurisconsultus, conficit enim vicies quinquies centena millia nostrorum scutorum. Hìc autem monendum, quod & aliàs indicavimus, perperam quosdam legere *mille*, aut *decem millia*: nam sub hac conditione libertas rectè datur, ut videre est apud Ulpianum *in fragm. tit. de statu lib. §. sub hac conditione.*

Hæc omnia, quæ libertati obstare videntur, favore ipsius libertatis sunt introducta. Atque ut hoc demonstremus, duo sunt præmittenda. Primum, quod si statu liber ab alio manumitteretur, non Romanam, sed Lati- 10
nam libertatem consequebatur *l. un. §. sed etsi sub conditione C. de Latin. libert. toll.* Fiebat enim Latinus, non Civis Romanus, & quamvis viveret tamquam liber, tamen ultimo vitæ momento in servitutem redigebatur, & patronus, tamquam dominus, omnia ejus bona occupabat *d. l. un. in princ. & §. sed scimus, & §. sed & qui, & §. illud etiam, & §. similique modo.* Præterea præmittendum est, quòd olim introductum fuerat dare libertatem servis in tempus mortis, ne illi possent umquam ad Romanam, & ve- 11
ram libertatem pervenire: nam si in vita ab alio fuissent manumissi, Latinam solum libertatem consequebantur, hoc est, quodammodo in pristina servitute remanebant, ut ait Justinianus in *l. un. §. sed & qui domini C. de Lat. libert. toll.* adeoque solebant domini hoc modo libertatem dare, non animo dandæ libertatis, sed potius ejus impediendæ, ne servi umquam ad libertatem pervenirent. Hæc luculenter explicat Pomponius in *l. ult. ff. de manum. testam.* ubi etiam hunc modum dandæ libertatis comparat illi, cùm testator hæredi interdicit, ne pendente conditione servum manumittat.

His probè constitutis, facilis est expositio laudatæ legis. Vitiosum est legatum, nec valet datio libertatis, quia testator non habet animum dandæ libertatis, ibi: *quia nec animus dandæ libertatis est*: dat enim libertatem sub ea conditione, quam scit vivo servo non extituram. Habet igitur animum impediendæ libertatis: hæc enim conditio efficit, ne umquam ad veram libertatem possit pervenire, etiamsi ab alio manumittatur, ibi: *ut aliunde ei libertas obtingere non possit.* Cessante animo, & voluntate testatoris non potest consequi libertatem: & ideò non detrahitur conditio. Favore autem libertatis constitutum est inutile esse legatum, ne libertas impediatur, & aliunde possit obtingere.

Animadvertendum autem est, eas conditiones non esse impossibiles. In primo legato potius impossibile est ipsum legatum, quàm conditio. Tempus enim extiturum est, sed tunc libertas obtingere non poterit. Sed de hoc infrà dicemus. In secundo legato conditio est quidem difficilis, ac penè impossibilis, non tamen verè impossibilis, ad-
12 eoque non est ejus generis conditio, quæ detrahi debeat. Difficile est *millies* dare, non impossibile. Senec. *lib.* 1. *natural. quæst.* de quodam Hostio: *Hunc divitem avarum, sestertiûm millies servum, Divus Augustus indignum vindictâ judicavit, cùm à servis occisus esset, & tamen non pronuntiavit jure cæsum videri.* Id. *lib.* 2. *de benefic. cap.* 27. *Cn. Lentulus Augur, divitiarum maximum exemplum, antequam illum libertini pauperem facerent: hic quater millies sestertiûm suum vidit.* Deinceps subdit: *Hic cùm omnia incrementa sua D. Augusto deberet, ad quem attulerat paupertatem, sub onere nobilitatis laborantem, Princeps jam Civitatis & pecunia, & gratia, subinde Augusto solebat queri, dicens, se à studiis abductum. Nihil tantum in se congestum esse, quantum perdidisset relictâ eloquentiâ.* Qui possedit quater millies, & à libertinis factus est pauper, potuit servo millies dare, ut libertatem consequeretur. Plin. *lib.* 33. *cap.* 10. *M. Crassus negabat locupletem esse, nisi qui redditu annuo legionem tueri posset. In agris suis sestertiûm bis millies possedit. Quiritium post Syllam ditissimus. Multos postea cognovimus, servitute liberatos, opulentiores, pariterque tres Claudii principatu, Pallantem, Callistum, & Narcissum;* Idem Plin. *lib.* 36. *cap.* 15. *de* M. Scauro: *Sed & reliquus apparatus tantus Attalicâ veste, tabulis pictis, cæteroque choragio fuit, ut in Tusculanam villam reportatis, quæ superfuerant, quotidiani usus deliciis, incensâ villâ ab iratis servis, concremarentur ad bis millies.* Nero Tiridati abeunti millies dono dedit. Mitto reliqua. Hoc tantum addo, falli doctissimum Virum, qui putat hæc
13 legata relinqui potius animo impediendæ, quàm dandæ libertatis, quia nemo manumissurus sit eum servum, qui existente conditione futurus est libertus orcinus *l.* 2. *in princ. ff. de statu lib.* Etenim nemo vereri potest, ne existat conditio penè impossibilis. Quis enim futurus est tam liberalis, ut velit pro servo millies solvere? aut qua ratione poterit ipse immensam pecuniæ summam conficere? Demus eam confecisse. Quæ causa potest ipsum impellere ad implendam conditionem, solvendamque tam ingentem pecuniæ summam, si jam ab alio libertatem est consecutus? quàm facile poterit declinare solvendi necessitatem? Multò minus vereri potest, ne vivo servo dies existat, si servus in tam longum tempus manumissus est, ut eo tempore vivere non possit. Neminem retrahere potest à manumittendo periculum remotissimum; imò, aut omninò, aut penè impossibile.

Progrediamur ad alterum genus conditionum impossibilium, quæ falsæ dicuntur *in l. cùm tale §. falsam conditionem ff. de cond. & demonst.* Dialectici dicerent esse de sub- 14
jecto non supponente: Nostri dicunt impossibiles ex suppositione, vel per accidens. Quoad has conditiones, tria tempora sunt consideranda, quæ cùm non separent, atque distinguant Interpretes nostri, & omnem docendi rationem perturbant, & quæstionem per se obscuram densissimis tenebris involvunt. Tempus ante conditum testamentum: tempus post conditum testamentum: & tempus post mortem testatoris. Sunt enim quædam conditiones, quæ semper fuerunt impossibiles, etiam ante conditum testamentum: aliæ factæ sunt impossibiles post conditum testamentum, sed in vita testatoris: aliæ post ejus mortem.

Separatis hisce temporibus illud statuendum est: eas solas conditiones detrahi, tamquam impossibiles, & pro non scriptis ha- 15
beri, quæ aut semper fuerunt impossibiles: aut saltem erant impossibiles, tempore conditi testamenti. In *l. si Mævia* 45. *ff. de hered. inst.* testator instituerat Lucium Titium hæredem sub conditione: *si filia mea vivet.* Filiam numquam habuerat. Respondit J C. Titium hæredem fore, quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nul-

lam vim haberet. In *l. libertate 26. in fin. ff. de statu lib. Servus jussus redditâ ratione ad libertatem pervenire: licet nullam administraverit rationem, nihilominus liber erit.* In *l. cùm tale §. falsam conditionem ff. de condit. & dem. Falsam conditionem Cassius, & Cælius Sabinus impossibilem esse dixerunt: veluti: Pamphilus, si quod Titio debeo, solverit, liber esto, si modò nihil Titio fuit debitum.*

16 De conditionibus, quæ non fuerunt semper impossibiles, sed tamen factæ sunt impossibiles ante testamentum conditum, exempla proponuntur in *l. multa §. 1. ff. de cond. & demonst.* ubi filia, quæ in conditione viva supponebatur à testatore, mortua erat ante testamentum: in *l. ab omnibus §. in testamento ff. de leg. 1.*

Idem dicendum, si per ipsam institutionem conditio fiat impossibilis. In *l. si qui ita 4. ff. de condit. instit.* quidam hæredem instituerat sub eonditione, si servum hæreditarium non alienaverit. Si solus hæres institutus sit, impossibilis est conditio, quia nemo alius hæres est, cui eavere possit, se non alienaturum. In *l. mulier 20. ff. eod.* mulier, quæ viro suo ex dote promissam pecuniam debebat, virum hæredem ita instituit: *Si eam pecuniam, quam doti promisisset, neque petisset, exegisset.* Si vir solus hæres institutus sit, impossibilis est eonditio, & pro non scripta accipienda est. Nemo enim est, à quo possit exigere, aut cui possit aeceptum facere, & per confusionem tollitur obligatio *l. Stichum §. aditio ff. de solut.* Has conditiones ipse testator reddit impossibiles, unicum hæredem instituendo.

Antequam progrediamur ad tempus post testamentum conditum, explicandæ sunt nonnullæ leges, quæ his, quæ hactenus constituimus, videntur esse contrariæ. Primum autem contrarium respondetur in *l. servo 58. ff. de condict. indeb.* Testator legaverat servo suo centum, si ex testamento ad libertatem pervenisset: servus postea ingenuus pronuntiatus est. Respondit Papinianus, legatum non deberi, & solutum repeti posse. Hæc conditio semper fuit impossibilis: non potest enim ad libertatem ingenuus pervenire *§. ult. Inst. tit. de ingen. l. 1. & 2. C. de ingen. manum.* & tamen vitiat legatum, adeo ut etiam, si solutum fuerit, repeti possit.

Perterruit omnes veteres Interpretes hujus argumenti vis: atque ut eam eluderent, novo commento totam rationem detrahendi conditiones impossibiles pervetterunt. Invaluit itaque opinio falsissima, & nullâ lege 18 suffulta, conditiones, quas testator falsas esse ignorabat, non detrahi, sed vitiare ultimas voluntates: cùm tamen hæ tantò magis detrahendæ sint, quantò certius est, eas ineauto testatori excidisse, Sed hanc sententiam alii eonfutarunt.

Verissima est Sarmienti interpretatio. Qui ad libertatem proclamabat, & ingenuus pronuntiabatur, agnitis natalibus, cogeba- 19 tur restituere manumissori, quæcumque ab eo concessa, donata, legata acceperat, quæque ex re ejus acquisierat; idque Senatusconsulto cautum erat, de quo mentio fit in *l. 1. C. de ingen. manum.* & in *l. 3. ff. si ingen. esse dicetur.* Itaque in laudata lege aufertur legatum servo, non quia inutiliter legatum fuerit, adjectâ impossibili conditione; sed quia legatarius originem repetiit, agnitis natalibus; quod ei auferretur, etiamsi conditio illa adjecta non fuisset.

Præterea contrarium respondit Neratius in *l. multa §. si servos ff. de cond. & demonstr. Si servos certos quis manumisisset, heres 20 esse jussus erat: quibusdam ex his antea mortuis, Neratius respondit, defici eum conditione: nec æstimabat, pareri posset conditioni, nec ne.*

Quidam Viri apprimè docti in hujus legis interpretatione magnas turbas eient, &, ut est in veteri proverbio, *fluctus in simpuvio excitant.* Sed non est ambigendum in hac lege referri Neratii sententiam, sed non probari; imò statim improbari auctoritate Servii, Labeonis, Sabini, Cassii. Primum enim indieat Pomponius se non acquiescere Neratii sententiæ, illis verbis: *nec æstimabat, &c.*

Deindè statim ei opponit sententiam Ser-

vii ; ibi : *sed Servius , &c.* & Servii sententiam confirmat auctoritate Labeonis. Addit deinceps auctoritatem Sabini , & Cassii , qui eas conditiones , quasi impossibiles, pro non scriptis habendas existimarunt. Observa : *eas conditiones.* Comprehendunt hæc verba tàm conditionem propositam à Servio, quàm propositam à Neratio. Denique ita statuit : *quæ sententia admittenda est.* Neratius probabat sententiam Trebatii , cujus nulla ratio habetur in *l. Stichum* 39. *§ si Stichus ff. de statu lib.* Qui hæc non vident , in luce meridiana cæcutiunt.

Idem propè videtur respondisse Julianus in *l. hujusmodi* 84. *§. si ita cui legatum esset*
21 *ff. de legat.* 1. *Si ita cui legatum esset , si tabulas chirographi mei heredi meo reddiderit, hæres meus ei decem dato : si tabulæ in rerum natura non fuerint , æstimabitur implesse conditionem , si hæredem liberaverit , nec ad rem pertinebit , an tunc , cùm testamentum fiebat , tabulæ interciderint , an postea , vel mortuo testatore.* Hîc conditio impossibilis non detrahitur , sed implenda est saltem per æquipollens , alioqui deficiet. Agitur autem hîc de conditione , quæ erat impossibilis , etiam tempore conditi testamenti. Idem tamen Julianus contrarium notat in *l. ab omnibus §. in testamento. versic. Julianus notat ff. de legat.* 1.

Respond. conditio reddendi tabulas hæredi vi ipsâ continet ejusdem hæredis libera-
22 tionem. Itaque impletur hæc conditio hæredem liberando , adeoque etsi tabulæ non extent , tamen non est impossibilis conditio , sed hæres liberandus est. *d. l. hujusmodi §. si ita cui ff. de legat.* 1. Si conditio contineret solummodò factum reddendi tabulas , iis non extantibus , conditio esset impossibilis ; sed quia continet liberationem , possibilis
23 est , etiam tabulis non extantibus : quia cùm possit existere debitum sine tabulis , nec debitum intercidat , intercidentibus tabulis , potest liberari hæres , etiamsi tabulæ interciderint , quandocumque illæ interciderint. Tunc conditio esset impossibilis , si nihil hæres deberet *l. cùm tale §. falsam ff. de cond. & demonstr.* quia non potest liberari , qui non est debitor : & ideò si legem Titio centum , quæ mihi debet , inutile est legatum , si nihil mihi debeat *l. si sic legatum. §. quod si. in princ. ff. de leg.* 1. *l. legavi. versic. quod si sic dixit. ff. de liberat. legat.* quia legata est liberatio *d. l. legavi.* ea autem est impossibilis , si Titius non sit debitor. Et de hac conditione agitur in laudata lege *ab omnibus §. in testamento ff. de leg.* 1. Nempè , non interciderant tabulæ , ut in *l. hujusmodi ff. eod.* sed nullæ fuerunt , quia hæres numquam debitor fuerat : & hoc casu conditio est impossibilis. Hîc obiter animadvertendum Labeonem , & Julianum , sectam Latini sermonis rationem religiosè servantes non *impossibile* , sed ἀδύνατον Græcè dixisse.

Veniamus ad tempus post conditum testamentum. Si post conditum testamentum aliquid evenerit , quo conditio impleri non possit , conditio defecisse dicitur , non verò detrahitur , tamquam impossibilis. In *l. cum* 24
tale §. falsam conditionem ff. de condit. & demonstr. Quod si post testamentum factum testator pecuniam exsolvit , defecisse conditionem intelligi. In l. quæ sub conditione. §. mortuo ff. de cond. instit. Nam mortuo Sticho, nemo dicet submovendum eum : non videtur enim defectus conditione , si parere conditioni non possit. Et ideò in *l. ab omnibus §. in testamento ff. de legat.* 1. ut conditio sit impossibilis, & pro non scripta habeatur , exigit Julianus , ut tabulæ nullæ fuerint testamenti tempore. Et in *l. turpia §.* 2. *ff. de legat.* 1. responsum est , deberi legatum , si servi mors impedisset manumissionem , non quia conditio tamquam impossibilis detrahatur ; sed quia per legatarium non stat , quominùs servus ad libertatem perveniat. Sunt autem hæc inter se longè diversa , *deficere* , aut 25
non deficere conditionem ; & *conditionem detrahi* , vel *non detrahi* , quasi impossibilem *l. multa. in fin. ff. de cond. & dem.* ubi Pomponius refert opinionem Servii , & Labeonis , qui dicebant , eum non defici conditione : deinceps addit opinionem Sabini , & Cassii , qui putabant conditionem , quasi impossibilem detrahi , & horum sententiam

admittit. Plus est detrahi conditionem, & pro non scripta haberi, quàm eam non deficere, & haberi pro impleta: quæ detrahitur, nec deficit, nec impletur: perindè enim est ac si adjecta non fuisset.

Sed contrarium respondisse videtur Scævola in *l. qui dotem* 12. *ff. de dot. præleg.* ibi: *Quæsitum est, si res in dotem data plures ipso usu finita essent: an quasi sub impossibili*
26 *conditione legatum datum debeatur? Respondi, videri conditioni paritum, si quod ex rebus in dotem datis superfuerit, in potestatem hæredis pervenerit.* In hac lege agitur etiam de rebus consumptis post conditum testamentum, cùm comprehendantur res omnes vivo marito consumptæ: adeòque conditio illa detrahitur, licet facta sit impossibilis post conditum testamentum.

Respond. quòd conditio illa non detrahitur, tamquam impossibilis: sed impletur ab uxore, per restitutionem rerum, quæ supersunt; idque ex voluntate ipsius testatoris. Supponitur in ea lege in dotem datas fuisse res æstimatas: ac propterea maritus, non tenebatur restituere uxori res in dotem acceptas, sed earum æstimationem *l. quoties* 5. *C. de jur. dot.* Legavit maritus hanc summam, hanc æstimationem uxori, quam ei restituere debebat, sub hac conditione, si hæredi restituisset res omnes, quæ tabulis dotalibus continebantur, quas restituere deberet, etiam hac conditione non adjectâ. Non autem alio animo videtur maritus hanc conditionem adjecisse, nisi ut restitueret res illas, si superessent. Neque enim potuit gravare uxorem ad restituendas res consumptas: cùm enim per æstimationem contracta fuerit emptio *l. plerumque* 10. §. *si*
27 *ante. l. si rem æstimatam* 14. *cum seqq. ff. de Jure dot.* periculum pertinet ad ipsum maritum §. *cùm autem emptio Instit. tit. de empt. & vend. l. id, quod post* 7. *l. necessario* 8. *l. si vendita* 11. *ff. de peric. & comm. rei vend. l. quod sæpè* 35. §. *si res ff. de contr. empt. l.* 4. *&* 5. *C. de peric. & comm. rei vend. l. fructus, & l. pen. C. de action. empti.* Quamobrem non restituendo res consumptas nihil facit contra voluntatem testatoris, & parere videtur conditioni. Propterea Scævola non respondit uxorem legatum obtinere, quia sit impossibile restituere res consumptas, & quod impossibile scriptum est in testamento nullam vim habere: sed respondit uxorem obtinere legatum, quia paruit conditioni. Conditioni impossibili pareri non potest. Quærit an legatum debeatur, quasi datum sit sub conditione impossibili: & respondet deberi, quia paritum est conditioni: ergò respondet, non esse datum sub conditione impossibili. Legatum datum sub conditione impossibili debetur, quia conditio pro non scripta habetur, non quia conditioni pareatur, cui pareri non potest.

Possent etiam opponi, quæ tradita sunt ab Ulpiano in *l. quæ sub conditione* §. *mortuo* 28
ff. de condit. instit. ubi si quis hæres institutus sit, sub conditione, si jurasset se Stichum manumissurum, & Stichus mortuus sit, vel manumissus, vivo testatore, non videtur defectus conditione hæres: *Quia implenda est voluntas testatoris, si potest: nec videtur conditione defectus, qui non potuit parere conditioni.* Si conditio illa non detraheretur, quasi impossibilis, hæres defectus conditione videretur.

Respond. quod cùm conditio jurisjurandi à Prætore remittatur *l. non dubitamus ff. de condit. & demonstr.* & *d. l. quæ sub conditione. in princ. ff. de cond. inst.* ita tamen, ut ille 29
teneatur facere id, quod conditione continebatur *l. hac scriptura ff. de cond. & dem. d. l. quæ sub conditione* §. *mortuo.* adeo, ut si non faciat, ei deneget Prætor actiones *d. l. quæ sub conditione* §. *quoties, & l. si quis libertatem* 12. *ff. de manum. testam.* conditio illa resolvitur in modum, perindè ac si hæres institutus fuisset, ut Stichum manumitteret. Modus autem numquam implendus est, cùm non potest impleri *l.* 1. *C. de legat. l. si fundum per fideicommissum* 92. §. *Julianus ff. de leg.* 1. detractâ enim conditione jurisjurandi Prætor compellit ad faciendum *l. hac scriptura ff. de cond. & dem.* sed non potest compellere ad faciendum id, quod fieri non potest *l. impossibilium ff. de R. J.* Non

Non ſubrogat Prætor conditionem faciendi in locum conditionis jurisjurandi : ſed remiſſâ hac conditione , legatum non eſt amplius conditionale ; & ideo ſtatim cedit legati dies *l. ſi poſt diem* 5. §. *ſed ſi ea ff. quan. dies legat. eod.* & ad hæredes legatum tranſmittitur *l. quæ ſub conditione* §. *ult. ff. de cond. inſt.* & hæres ſub hac conditione inſtitutus ſubmovetur à bonorum poſſeſſione contra tabulas , quia jam hæres factus eſt ; nec ulla conditione ſuſpenditur inſtitutio *l. libertus* 20. *in princ. ff. de bon. libert.* Quamobrem Ulpianus eum , cui legatum eſt ſub hac conditione , comparat legatario ſub modo , in laudata *l. quæ ſub conditione* §. *mortuo ff. de condit. inſtit.*

Poteſt etiam opponi Juliani reſponſum in *l. inde Neratius* §. *idem Julianus* 2. *ff. ad Leg. Aquil.* ubi cùm quis inſtitutus fuiſſet
30 ſub conditione , *ſi Stichum manumiſiſſet* :
qui Stichum occidit , tenetur etiam in æſtimationem hæreditatis , ſi illum occidit mortuo teſtatore , quia hæres damnum hæreditatis patitur deficiente conditione : ſi verò occidit vivo teſtatore , non tenetur , quaſi eo caſu conditio non defecerit.

Ad hoc argumentum reſpondet ipſe Julianus , qui ait ceſſare æſtimationem hæreditatis , non quia eo caſu conditio ſit impoſſibilis , & pro non ſcripta habeatur : *ſed quia retrorſum , quanti plurimi fuit , inſpicitur.*
31 Non poteſt igitur haberi ratio hæreditatis ,
quæ nulla fuit , vivente teſtatore *l.* 1. *ff. de hered. vel act. vend. l.* 1. *ff. pro hered.* Quid enim æſtimetur ? an hæreditas , quæ nulla fuit ? an bona , quæ eo tempore defunctus habebat ? At hæc ad hæredem non poterant pertinere ; ſed ſolum ea , quæ defunctus habiturus erat tempore mortis. Hoc autem tempore non poteſt æſtimari ſervus quanti plurimi ſit , cùm jam ſit occiſus , & in æſti-
32 matione *quanti plurimi* tempus præteritum
inſpiciatur , non futurum : hoc eſt , tempus , quod præcedit damnum datum , non quod ſubſequitur *l. ait lex* §. 1. *ff. ad Leg. Aquil.* An æſtimetur jus , quod habet hæres vivo teſtatore ? At hoc æſtimari non poteſt , cùm incertum ſit , tùm ratione patrimonii , quod augeri minuive poteſt , tùm quia neque delatum eſt , neque quæſitum , & facilè evenire poteſt , ut neque deferatur , neque poſſit acquiri , vel hærede moriente ante teſtatorem , vel teſtatore mutante voluntatem. Quamobrem nulla fieri poteſt æſtimatio hæreditatis , ſi vivo teſtatore ſervus ſit occiſus : hujus enim temporis nulla eſt æſtimatio.

Sunt & aliæ leges , in quibus reſpondetur legatum deberi , etiamſi conditio facta fuerit impoſſibilis vivo teſtatore , ut in *l. Stichum* 39. §. *ſi Stichus ff. de ſtatu lib.* in *l.*
turpia §. 1. *ff. de legat.* 1. ſed hæ leges non 33
pertinent ad quæſtionem de conditione impoſſibili ; ſed ad alteram longè diverſam : an conditio pro impleta habeatur , quoties per legatarium non ſtetit , quominùs impleat conditionem : de qua agitur in *l. Jure Civili* 14. *& l. Julius* 81. *in fin. ff. de cond. & dem.* in *l. in jure* 161. *ff. de Reg. Jur.* in *l. ſi peculium* 20. §. *is , cui ff. de ſtatu lib. l. quæſitum* 57. *l. cùm ita datur* 94. *ff. de cond. & dem. l. ult. C. de cond. inſert. l.* 5. §. *item ſi ff. quan. dies legat. ced. l.* 1. *C. de inſt. & ſubſt. & paſſim.* Non ignoro reſponſum Pomponii in laudata *l. turpia* §. 1. *ff. de leg.* 1. non videri convenire regulis , quæ traditæ ſunt de conditione , quæ pro impleta habetur : ſed ad noſtrum inſtitutum non pertinet hanc controverſiam dirimere.

De tertio tempore poſt mortem teſtatoris
jam differamus. De hoc nulla controverſia 34
eſt , quin conditio numquam detrahatur , ſed deficiat , & legatum corruat , aut inſtitutio *l. indè Neratius* §. *idem Julianus ff. ad Leg. Aquil. l. in teſtamento* 31. *in princ. l. cùm ita datur* 94. *in princ. verſ. diverſa. l. pen.* §. *item ſi ff. de condit. & demonſtr. l. ſi peculium* 20. §. *is , cui ff. de ſtatu lib. l. legatum C. de cond. inſert.* niſi conditio pro impleta habeatur , quo caſu ſuſtinetur diſpoſitio , licèt conditio verè defecerit , ut in *l. quæſitum ff. de cond. & dem.* in *l. ſi peculium* §. *is , cui ff. de ſtatu lib. l. ſi ita ſcriptum ff. de manum. teſtam.*

Supereſt tertium genus conditionum impoſſibilium , hoc eſt , earum , quæ à jure

sunt improbatæ. Hæ quoque sunt impossibiles.
35 *l. filius ff. de cond. instit.* Hæ quoque detrahuntur ab ultimis voluntatibus *l. conditiones* 14. *ff. de condit. instit.* sive turpes sint, & contra bonos mores *l. non dubitamus ff. de cond. & demonstr. l. reprehendenda C. de inst. & subst. l. un. C. de his, quæ pœn. nom. l. pen. ff. de cond. inst.* sive sint contra leges *l. si quis sub conditione ff. de condit. instit. l. non dubitamus ff. de cond. & demonstr.* sive sint in fraudem legis *l. Sejus & Agerius* 27. *ff. ad Leg. Falcid.* sive sint contra Rempublicam *l. Imperatores* §. 1. *ff. de pollic.* sive contra publicam utilitatem, nuptias impedientes *l. servo* 65. §. 1. *ff. ad Trebell. l. Titia* 100. *ff. de cond. & dem.* sive contra Edictum Prætoris, ut conditio jurisjurandi *l. non dubitamus ff. de condit. & dem. l. quæ sub conditione ff. de condit. instit.* sive sint conditiones derisoriæ *l. conditiones contra* 14. *ff. de cond. instit.* Atque hæ conditiones detrahuntur etiam in testamento militis *l. si à milite* 29. §. *edictum ff. de testam. milit.*

Sed ne quis hac in re decipiatur, animadvertendum est, quòd aliquando improbatur à Jure conditio, aliquando ipsa dis-
36 positio. Quoties improbatur ipsa conditio, ea detrahitur, & pro non scripta habetur: detractâ autem conditione, salva manet dispositio, purgato vitio conditionis, ut in superioribus exemplis. Quoties autem improbatur ipsa dispositio, ea fit inutilis necesse est *l. non dubium C. de legib.* Exemplis
37 rem explico. Captatorias dispositiones Senatus improbavit *l. captatorias ff. de hered. inst.* & ideò captatoriæ dispositiones non valent *l. captatoria* 64. *ff. de leg.* 1. *l. captatorias C. de testam. milit. l. illa autem* §. 1. *ff. de hered. inst.* Leges improbant ultimam voluntatem in alienum arbitrium expressè collatam, quia testamentorum jura per se firma esse debent, non ex alieno arbitrio pendere: & ideò hujusmodi dispositiones nullæ sunt *l. si quis Sempronium* 68. & *l. illa institutio ff. de hæred. inst. l. nonnumquam ff. de cond. & dem.* Ejusdem generis sunt perplexæ dispositiones, quæ à Jure improbantur, tamquam inexplicabiles *l. si Titius hæres* 16. *ff. de cond. inst.*

Non temerè autem hoc à Jure Civili constitutum est. Ideò enim aliquando improbat, ac rejicit solam conditionem, quia vitium est in solâ conditione: improbat autem, ac rejicit dispositionem, quando vitium est in dispositione, quia per conditionem influit in dispositionem. In testamentis enim nullam 38
vim habet, quod impossibile, ac vitiosum scriptum est *l. si Mævia* 45. *ff. de hered. instit.* Quapropter si vitiosa est, & impossibilis conditio, ipsa rejicitur, & pro non scripta habetur. Si vitiosa est, & impossibilis dispositio, ipsa reprobanda est, ita ut nullam vim habeat. Quocirca non valent dispositiones, tamquam impossibiles, de quibus in *l. quidam* §. *Lucio Titio ff. de tritic. vin. & ol. leg.* in *l. cùm servus* 39. *aliàs l. apud Julianum.* §. *constat. l. turpia. in princ. l. si quis inquilinos.* §. *ult. ff. de legat.* 1. Dicam explicatius. In hoc legato: lego Titio centum, *si homicidium fecerit, si juraverit, si nomen vispellionis sibi imposuerit*: nullum est vitium, nulla turpitudo in legato, sed in ipsa conditione, adeoque legatum sustinetur: rejicitur autem conditio, quæ turpis est. Contrà verò, si ita legem: lego Titio 39
centum, *si me hæredem instituerit*: ipsum legatum vitiosum est, & turpe, quo Titius allicitur spe lucri ad hæredem instituendum legatarium. Turpe est, quia turpissimum esse Senatus censuit captare, & aucupari alienas successiones. Vitiosum est, quia adimit liberam testandi facultatem. Rursus, si ita legem: lego Titio centum, *si Cajus voluerit*: ipsum legatum vitiosum est, cùm pendeat à voluntate Caji, nec sit ipsum per se firmum, ut Veteres decreverunt *l. illa institutio* 32. *ff. de hæred. inst.* Conditio ipsa per se non est illicita, inhonesta, vitiosa *l. si quis arbitratu* 43. *ff. de V. O.* sed adjecta legato, aut institutioni reddit ipsam vitiosam. Non dissimile est exemplum perplexæ, & inexplicabilis institutionis: *Si Sejus hæres erit, Cajus hæres esto: si Cajus hæres erit, Sejus hæres esto.* Si per se considerentur conditiones, non sunt illicitæ, aut impossibiles:

sed ipsa institutio est *ἀδύνατος inexplicabilis*; cùm non possit Sejus hæres esse, nisi prius sit hæres Cajus, & Cajus hæres esse non possit, nisi prius sit hæres Sejus; adeòque neuter hæres esse possit. Rectissimè igitur constitutum est, non valere institutionem *l. ubi pugnantia ff. de Reg. Jur.* & generaliter, præceptum testatoris vel legibus interdictum, vel probrosum, vel impossibile non valet *l. un. in fin. C. de his, quæ pœn. nom.*

Sed obstat difficillimus text. in *l. si mihi*
40 *12. §. si quis servos ff. de leg. 1. Si quis servos, quos Gadibus haberet, eo testamento, quod Romæ moriens fecerit, triduo, quo mortuus fuerit, hæredem dare mihi damnaverit: ratum esse legatum, & angustias temporis nihil legato nocere.* Hujusmodi legatum est impossibile: adjectio enim diei reddit impossibilem dationem servorum, & præceptum testatoris *§. loca. in fin. Inst. tit. de V. O. l. ult. §. si inter eos ff. de V. O.* & tamen valet legatum detracto die.

Respondetur, aliam esse rationem diei, aliam conditionis adjectæ. Conditio afficit ipsam dispositionem, ipsam substantiam legati: cùm suspendat dispositionem ipsam, & obligationem *§. omnis Instit. tit. de V. O.*
41 *l. cedere diem ff. de V. S. l. multum 21.* & *l. legata 41. ff. de cond. & demonstr.* & ideò aliquando conditio influit, & infundit vitium in ipsam dispositionem. Contrà dies, ac tempus non afficit ipsam dispositionem, nec differt obligationem, sed solutionem *d. §. omnis Instit. tit. de V. O. l. centesimis 46. ff. de V. O.* & ideò, qui Stichum promisit, statim tenetur, licèt Stichus Gadibus sit, adeòque statim dari non possit: hoc enim ad facultatem dandi pertinet, & respicit commodum incommodùmque personæ, non substantiam obligationis *l. continuus §. illud ff. de V. O.* Quocirca triduum adjectum illi legato reddit quidem impossibilem solutionem legati, non tamen reddit impossibile legatum: Nam legatum statim debetur, sive servi legati Romæ sint, sive Gadibus *d. l. continuus §. illud ff. de V. O.* Solutio autem videtur dilata in tempus, quo servi Romam commodè possint pervenire *l. interdum 73. l. continuus §. cùm ita ff. de V. O.* Propterea, qui triduum præscribit, quo servi à Gadibus Romam pervenire non possunt, is reddit quidem impossibilem solutionem; cæterùm obligationi nullum affert impedimentum: quia ea statim nata fuit, sicut statim nata fuisset, si tempus illud adjectum non fuisset. Ut puta, hæredi confitenti se debere ex causa legati pecuniam, Prætor debet indulgere modicum tempus ad solvendum *l. si domus in pecunia ff. de legat. 1.* hujusmodi tempus indulgendo non tollit, aut mutat naturam obligationis: sed solum differt solutionem. Non dissimile est, quod traditur in *§. ult. Instit. tit. de inut. stipul.* Sola igitur solutio impossibilis est eo modo, quo præcipitur à testatore, &, tamquam impossibilis, pro non scriptâ habetur.

Hinc facilè dissolvitur nodus, quem à nemine expediri scripsit Duarenus. In *l. si* 42
quis ita 6. ff. de cond. inst. institutus erat hæres, sub conditione, si in triduo, post mortem testatoris, ei monumentum fecisset. Cùm hujusmodi monumentum in triduo effici non posset, respondit conditionem evanescere, tamquam impossibilem. Non detrahitur ibi adjectio temporis, adeo ut hæres cogatur monumentum ædificare intra tempus moderatum, quo commodè possit ædificari: sed evanescit ipsa conditio. Ratio est in promptu: vitium temporis afficit ipsam conditionem, ipsam monumenti constructionem, eamque reddit impossibilem, adeòque ipsa conditio, ipsa constructio pro non scripta habetur; quia id, quod impossibile in testamentis scriptum est, nullam vim habet *l. si Mævia 45. ff. de hered. inst.* Quapropter si legatum ipsum sit impossibile, aut contra leges, ipsum legatum non valet, & pro non scripto habetur. Si sit impossibilis solutio, ipsa detrahitur. Si sit impossibilis conditio, seu factum in conditione positum, ipsa conditio pro non scripta habetur.

Neque cuiquam scrupulum injiciat, quòd non videatur haberi pro non scripta solutio, sed solum tempus, quod eam reddit impossibilem. Nam hæres licèt non teneatur solvere

servos in triduo, à die mortis: tenetur tamen eos solvere tempore opportuno, quo Romam perduci potuerunt. Facilè respondetur. Solutio facienda in triduo, quàm præcipit testator, pro non scripta habetur, tamquam impossibilis. Eâ detractâ succedit necessitas solvendi ex vi obligationis, cujus substantia in eo consistit, ut aliquem nobis adstringat ad dandum, vel faciendum *l. obligationum substantia ff. de oblig & act.* Itaque hæres non solvit ex præcepto testatoris, quod non valet, sed ex natura obligationis, & ideò tenetur solum ad solvendum eo tempore, quo id exigit obligatio legati. *§. ult. Instit. tit. de inut. stipul. §. loca Inst. tit. de V. O. l. interdum* 73. *l. continuus §. cùm ita ff. eod.*

Nec obstat, quòd si angustia temporis afficeret tantummodò solutionem, non obligationem, & solutio tantum pro non scripta haberetur, angustiæ temporis non vitiarent
43 contractus, quod falsum est *l. 2. §. qui ita ff. de eo, quod cert. loc. l. quoties* 24. *ff. de oper. libert. §. loca Inst. de V. O.*

Nam respondetur, eadem de causa non valere hujusmodi stipulationes, quâ non valent contractus appositâ impossibili conditione. Contrahentium enim videtur esse talis cogitatio, ut nihil agi existiment appositâ conditione, quam sciant esse impossibilem *l. non solum ff. de oblig. & action.* Id maximè convenit etiam superioribus stipulationibus, atque eò magis, quòd nemo ignorare potest, impossibile esse id, quod stipulatur. Quamobrem procul dubio nihil agi existimant contrahentes in hac stipulatione: *Centum operas pistorias hodiè dare spondes?* vel in hâc: *Carthagini hodie dare spondes?* Nisi fortè tàm stipulator, quàm promissor anteà mandassent, hic, ut hodie solveret, ille, ut pecuniam exciperet, quo casu valeret stipulatio *l. ult. §. si inter ff. de. V. O.*

Verum quòd etiam illæ conditiones, quæ non reddunt impossibilem dispositionem, non detrahantur, & pro non scriptis habeantur,
44 probari videtur ex *l. sed sciendum* 7. & ex *l. facta* 63. *§. si sub conditione ff. ad S. C. Trebell.*

Sed ibi agitur non de conditione impossibili, aut contra leges, aut contra bonos mores: sed de conditione turpi, quæ neque legibus repugnat, neque bonis moribus: veluti si quis hæres instituatur sub conditione, si nomen testatoris sibi imposuerit, cùm testator esset vilis persona, ut puta, vespillo. Vespillo erat, qui cadavera exportabat. 45
Sueton. *in Domit. c.* 17. *Cadaver ejus populari sandapila per vespillones exportatum.* Martial.

> *Nuper erat medicus, nunc est vespillo Diaulus.*

Has autem personas turpes habitas fuisse, etiamsi servi essent, satis apparet ex *l. qui decem* 72. *§. qui hominem ff. de solut.* & ex *l. si ita quis* 31. *ff. de evict.ion.* Hæc conditio comparatur conditioni difficili: & sicut difficilis conditio non habetur pro non scripta, ut diximus suprà, ita & hæc. Nec pugnant verba laudatæ *l. facta §. si sub conditione ff. ad S. C. Trebell.* ibi: *sed & remitti eam ab initio visum est*: intellige *iniquum*, quod verbis antecedentibus continetur: alioquin ratio subjecta pugnaret, nec esset his consentanea. Non cogit quidem prætor eam implere *d. l. §. si verò nominis*: hoc enim esset iniquum: sed & iniquum visum est, eam ab initio remittere contra voluntatem testatoris, & pro non scripta haberi.

CAPUT XXV.

AD L. SI TITIUS, ET SEJUS. *9. ff. de V. O.*

SUMMARIUM.

1 *Quando existat conditio posita in non faciendo: & in specie conditio*, si alteri non dederis. *& n.* 5. 6.
2 *Et quando nascatur actio. & n.* 8. 11.
3 *Quoties actio nascitura est per litis contestationem, quandocumque agi potest. & n.* 8.
4 *Sine actione nemo potest experiri.*
6 *In judiciis æquitatem potius sequi debemus, quàm Jus strictum.*

7 *Judicium sustinetur, si actio nascatur inter moras judicii.*
9 *Repugnat æquitati Prætorem denegare judicium ei, cui actio nascitura est in ipso limine judicii.*
10 *Prætor aliquando denegat actionem habenti: aliquando dat non habenti.*
12 *Particula* quoad *non semper continuum tempus demonstrat.*
13 *Quod tempus comprehendat conditio non faciendi: & differentia inter contractus, & ultimas voluntates.*
14 *Hac in re spectanda voluntas contrahentium.*
15 *Conditio*, si illi non solveris, *quid contineat?*
16 *Stipulatio disjunctiva qua in re differat à conditionali.*
17 *Quantum differat disjunctio rerum à disjunctione personarum? sed vide n. seq.*
19 *Si exprimatur conditio, quæ tacitè inest, non fit actus conditionalis.*
20 *Conditio, quæ tacitè inest, impedit actionem. sed vide n. 21.*
21 *Supervacuum est adjicere, quod tacitè inest.*
22 *Quando secus: & quando expressa faciant actum conditionalem, licet tacitè insint. Conditiones dandi, solvendi, & similes personæ, cohærent.*
23 *Verba conditionis non faciunt conditionem, si alia mente prolata fuerint & n. 25.*
24 *Possunt constitui duo rei etiam per stipulationes separatas & n. 25.*
25 *Quæ propria sint duorum reorum.*

NEscio quo fato factum fuerit, ut in hac lege interpretanda fuerint adeo discordes Interpretum nostrorum opiniones, ut nemo ferè alterius interpretationem omninò probarit. Omnium hæc potissima cura fuisse videtur, ut alios reprehenderent. Apud recentiores malè audit Accursius noster, cujus interpretationem neque ridiculam, neque absurdam puto. Itaque civis mei sententiam tuebor, quam & Bartolus planè non improbavit.

Titius stipulatus fuit à Sempronio fundum sub conditione, *si Sejo non dedisset.* Sejus eumdem fundum separatim stipulatus est ab eodem Sempronio sub conditione, *si Titio non dedisset.* Utrique idem fundus debetur tàm Titio, quàm Sejo. Utrique debetur sub conditione posita in non faciendo; nempè, *si alteri datus non fuerit.* Ex stipulatione conditionali neque obligatio, neque actio nascitur ante eventum conditionis *l. cedere diem ff. de V. S. §. sub conditione Inst. tit. de V. O.* In proposita stipulatione quæritur, quando existat conditio: quando nascatur actio. Quoad conditionem J. C. respondit, eam impleri per litis contestationem, ibi: *finem dandi alteri fore quoad judicium acciperetur.* 1
Si post judicium acceptum cum Titio non potest Sempronius promissor amplius Sejo dare: ergò extitit conditio adjecta stipulationi Titii: *si Sejo non dederis.* Etenim conditiones in non faciendo positæ, tunc existunt, cùm amplius fieri non potest, quod in conditione positum est *l. ita stipulatus 115. ff. de V.O.*

Quoad actionem verò respondit, eam quandocumque dari; ibi: *& ideò occupantis fore actionem.* Est hoc planè absurdum: actionem nasci ante eventum conditionis. Et 2
eò magis videtur absurda sententia Jurisconsulti, quia ex eo, quòd conditio existat per litis contestationem; deducit occupantis fore actionem: quasi dixerit, ideò datur actio occupanti, quia actio nondum nata est, sed est nascitura. Pugnant hæc inter se.

Accursii interpretatio maximè convenit sententiæ Jurisconsulti. Ait enim, ideò actionem dari, non quia nascitura est quandocumque, hoc enim esset absurdum, sed quia nascitura est in ipsa litis contestatione, hoc est, in ipso limine judicii: ita ut nullum periculum immineat, ne ille sine actione 3
egisse videatur. Non est hæc conditio similis aliis conditionibus. In illis judicium suscipi non potest, nec potest concedi actio ne judicium sit irritum, & sine actione suscipiatur. In hac conditione datur actio, quia judicium irritum esse non potest, quasi cœptum sine actione; quia simul ac judicium suscipietur, necessario existet conditio, & actio nascetur. Hinc rectè statuit Bartolus, quòd agi potest, quoties actio nascitura est in ipsa litis contestatione.

Sed hæc sententia incurrit in reprehensionem doctissimorum Virorum. Duo autem sunt, quæ opponunt. Primum, quod ante 4
eventum conditionis non nascitur obligatio, non nascitur actio, ut diximus: sine actione autem nemo potest experiri *l. si pupilli, in*

fin. ff. de negot. gest. l. quoties 9. §. *& generaliter ff. de admin. tut.* Idcircò quamdiu debitor potest alteri fundum dare, non potest à creditore conveniri: quare non poterit creditor cum eo litem contestari, & efficere, ut conditio existat.

Alterum, quod conditio posita in non faciendo per litis contestationem non impletur, sed tunc existit cùm amplius fieri non potest, quod in conditione ponitur *l. ita stipulatus*
5 115. §. 1. *& 2. ff. de V. O.* Utrumque igitur falsum est; & quòd conditio impleatur per litis contestationem: & quòd dari debeat actio, cùm in litis contestatione conditio est extitura. De utroque accuratè disserendum, ac demonstrandum Juri nostro neutrum repugnare.

Ac si strictum Jus sequi velimus, & malitiis hominum indulgere, actio danda non erit: Si verò id, quod æquitas suggerit, nullâ ratione poterit denegari. At in judiciis, æquitatis potiùs habenda ratio, quàm stricti Juris *l. placuit* 8. *C. de judic.* nec malitiis hominum est indulgendum *l. in fundo* 38. *ff.*
6 *de rei vind.* ac semper cavendum, ne sub auctoritate Juris scientiæ perniciosè erremus *l. si servum* 91. §. *sequitur ff. de V. O.* Qui nondum creditor est, agere non potest: sed tamen si egerit, & pendente judicio creditor esse cœperit, judicium sustinebitur *l. si*
7 *mandavero* 17. *ff. mand.* Si strictum Jus sequi velimus, nihil valebit eorum, quæ acta sunt ab eo, qui actionem non habebat. Creditor quoque conditionalis si egerit in judicio ante conditionis eventum, nihil agit, nondum enim ipsi competit actio; sed tamen si pendente judicio existat conditio, reus est condemnandus, perindè ac si actionem initio habuisset, & judicium rectè fuisset institutum. *l. si rem alienam* 9. §. *ult. ff. de pignor. act.* Si judicium sustinetur conditione existente post cœptum judicium, quantò magis sustineri debet quando conditio extitura est, & actio nascitura eodem momento, quo incipit judicium?

At enim Prætor actionem dare non debet: Neque enim dare debet actionem cuiquam, qui eam non habet; nec habet actionem creditor pendente conditione. Sed quo jure, quave æquitate Prætor actionem denegabit? Utrumne quia repugnat voluntas contrahentium? At hanc non repugnare deinceps ostendemus. Nec Prætor denegando judicium impedimento esse debet, ne conditio existat, quæ in contestatione litis est extitura. An
verò eam denegare debet, ne judicium sit irritum? At ne hoc quidem potest evenire, cùm certum sit non ante futurum, ut judicium incipiat, quam ut actio nascatur. Imò actio ipsa præcedet judicium non tempore, sed naturâ, quemadmodum causa suum effectum. Ut enim Sol non præcedit lucem tempore, sed naturâ: sic actio illa licet nascatur simul cum judicio, naturâ tamen judicium præcedere potest, & efficere ut à se ipsa pendeat, ac promanet judicium. Actio est jus persequendi in judicio §. 1. *Instit. tit. de action. l. nihil aliud ff. de oblig. & action.* Quid igitur causæ est, cur exigamus actionem natam esse ante judicium? An non satis est eam nasci tunc, cùm judicium accipitur, cùm ea omnes vires, omnem potestatem exerat in ipso judicio, & sine judicio sit inutilis, & infructuosa?

At enim Prætor dare non debet actionem, quæ nondum competit, nec permittere, judicio agat is, qui actionem non habeat. Verissimè id quidem diceretur, si permitteret cuiquam actionem exercere, antequam ea nascatur. Sed in casu nostro cùm Prætor petenti creditori judicium dat, non dat facultatem exercendæ actionis, antequam ea nascitura sit: exercetur enim actio in judicio *d. l. nihil aliud ff. de oblig.* & simul cum judi- 9
cio nascetur actio, ac proindè non exercebitur antequam nascatur. Repugnat quemquam exercere actionem quam non habet: non repugnat judicium à Prætore dari actionem omninò habituro, statim ac erit exercenda. Illud verò maximè repugnaret æquitati prætoriæ, si Prætor impediret quominus nascetur actio; conditio existeret; stipulator consequi posset id, quod sibi promissum fuit.

Atque hæc certissima erunt consideranti hanc dandæ denegandæque actionis subtili-

tatem æquitate prætoriâ temperari. Itaque
10 Prætor aliquando actionem habenti debet denegare, ut in *l. si debitor* 30. *ff. de solut. l.* 1. §. *in operis. l. & si satisdationem ff. de oper. nov. nunciat. l. nihil interest* 50. §. *sed numquid ff. de bon. libert. l.* 1. §. *idem ff. de dol. mal. l. patri* 27. §. 1. *ff. de minor.* Aliquando contrà datur actio ei, qui vel summo jure eam non habet adversus eum, qui convenitur, ut in *l. dominus* 53. *ff. de condict. ind.* in *l. si absentis C. si certum pet.* vel datur ante tempus, ut in *l. si indebitum ff. rem rat. haber. l. in lege ff. ad Leg. Aquil. l. quidam.* 32. §. 1. *ff. de furt. l. quæsitum ff. de pignor.* Quantò magis actionem daturus est Prætor in casu nostro, in quo nullum imminet periculum ne actio exerceatur antequam competat, antequam nascatur *l. aliquando* 13. §. *ult. ff. ad S. C. Vellejan.* ibi: *Quo enim bono expectare conditionem, cùm in ea causa sit debitor ut omnimodò excipere debeat actionem.* Prætor enim cùm petentibus actionem concedebat, nihil aliud tribuebat, quàm agendi potestatem. Cic. *de invent. lib.* 2. *Quare in jure plerumque versantur: ibi enim & exceptiones postulantur; & quodammodo agendi potestas datur, & omnis conceptio privatorum judiciorum constituitur.* Quidni verò det agendi potestatem ei, cui nascitura est actio, simul ac eam in judicio cœperit exercere? Esset hoc malitiis hominum indulgere.

Res igitur eò redit, ut nihil absurdi sit in hac sententia, atque interpretatione, siquidem verum sit, conditionem existere per litis contestationem, seu cùm judicium accipitur, eodemque tempore actionem nasci. Sed in hoc non est cur Accursium reprehendant. Disertè id traditum in nostra lege: *finem dandi alteri fore, quoad judicium acci-*
11 *peretur.* Si hic est finis dandi alteri, ergò existit conditio: si existit conditio, ergò nascitur actio *l. ita stipulatus* 115. §. 1. & 2. *ff. de V. O.* Itaque non potest reprehendi Accursius, quin reprehendatur Pomponius Auctor legis. Explicandum tamen est, quî fiat, ut actio nascatur in litis contestatione, & post judicium acceptum alteri amplius dari non possit. Sed anteà evellendus est scrupulus, qui Donellum malè habuit, in quem, tamquam in scopulum, Vir doctissimus impegit. Hunc ut prætervehatur, putat expungendam particulam *quoad*, & reponendam particulam *cùm*. Sed non est cur de hoc 12
laboremus. Non semper particula *quoad* continuum tempus demonstrat, protractum usque ad aliquem terminum: aliquando enim significat extremitatem temporis. Cæsar *lib. 5. de Bell. Gallic. Neque finem insequendi fecerunt, quoad subsidio confisi equites præcipites hostes egerunt.* Terent. *in Phorm. act.* 1. *scen.* 2. *in fin.*

D. quid? senem
Quoad expectatis vestrum? G. non certum scio, sed epistolam ab eo allatam audivi modò.

Sed hæc obiter. Ad rem veniamus; Conditio in non faciendo concepta, ambigua est; potest enim & comprehendere totum tempus, quo fieri potest; & potest comprehendere solummodò primum illud tempus, quo 13
fieri potuit, aut debuit *l. quicquid astringenda* §. *ult. ff. de V. O.* Itaque in libertate data sub conditione, *si in Capitolium non adscenderis*; conditio existit, si servus cùm primum potuit ascendere, non ascendit *l. libertas* 17. §. 1. *ff. de manum. testam.* In legatis autem, & hæreditatibus cautione Mutianâ occurritur, quâ præstitâ legatum, hæreditatemque consequimur, perindè ac si conditio extitisset *l. Mutiana* 7. *ff. de condit. & demonstr.* In contractibus tamen placuit ultimum tempus expectari, quo non possit amplius fieri, quod per conditionem vetitum fuit *l. ita stipulatus* 115. §. 1. *ff. de V. O.* sed tamen & in his fuit inter Veteres controversia: nam Sabinus ex Mutii Scævolæ sententia putabat tamdiu solum pendere conditionem, quamdiu per promissorem non stetit quominus daret, & cùm primum dare potuit, & non dedit, statim agi posse: atque ita statuendum tùm ex voluntate contrahentium, tùm ex natura rei *d. l. ita stipulatus* §. *item si ff. de V. O.*

Quamobrem in hujuſmodi ſtipulationibus expendendum eſt, quid actum ſit inter contrahentes: verba enim conditionis in utramque partem accipi poſſunt, & in conditionibus maximè voluntas ſpectanda eſt *l. pater Severinam. in princ. & in §. conditionum. l. in conditionibus ff. de condit. & demonſtr.* Quo
14 fit, ut conditio illa: *ſi non ſolveris*, non infinitum tempus comprehendat, ſed referatur ad primum quodque tempus, ex veriſimili mente contrahentium, quos probabile non eſt tamdiù voluiſſe ſolutionem expectare, donec amplius ſolvi non poſſit, donec ille moriatur. Julianus in *l. fidejuſſor 16. §. ult. ff. de fidejuſſ. Cùm fidejuſſor hoc modo acceptus eſſet, ſi reus non ſolverit, fide tuâ eſſe jubes? veriſimile eſt, id actum, ut cùm appellatus reus non ſolviſſet, fidejuſſor teneretur.*

His poſitis conſtat, cur in caſu noſtro conditio illa: *ſi Titio non ſolveris: ſi Sejo non ſolveris*, contineat ſolummodò tempus uſque ad
15 litem conteſtatam. Nimirum, contrahentes adjectione hujus conditionis noluerunt differre ſolutionem in tempus mortis alterius ſtipulantis: ſed voluerunt tribuere facultatem debitori ſolvendi alterum, cui libuerit. Quid enim intereſt, dicat quis: *ſi Titio non ſolveris, mihi dare ſpondes?* an ita: *mihi, aut Titio dare ſpondes?* Utroque caſu ea mente ſtipulatur, ut tribuat facultatem debitori, & electionem utri velit ſolvere *l. 3. ff. qui, & à quib. manum.* At cùm tribuitur debitori facultas, & electio ſolvendi, hæc terminatur, & expirat per litis conteſtationem *l. ſi quis ſtipulatus fuerit decem 57. §. 1. ff. de ſolut. l. fidejuſſor. 16. in princ. ff. de fidejuſſ.*

Sed opponi poteſt, quòd qui disjunctim ſtipulatur, non eſt ſimilis ei, qui ſtipulatur ſub conditione. Nam ſi quis ſtipuletur Stichum, aut decem, ſtatim agere poteſt, & petere debet Stichum, aut decem disjunc-
16 tim, ſicut ſtipulatus eſt, non verò alterum tantum petere poteſt *§. ſi quis agens 33. verſic. huic autem proximus Inſtit. tit. de action.* At qui ſtipulatur ſub conditione, hoc modo: *ſi Stichum non dederis, decem dare ſpondes?* nec ſtatim petere poteſt, nec poteſt petere Stichum *l. ita ſtipulatus 115. §. ult. ff. de V. O. l. 1. §. item ſi ita. verſic. idemque ff. ad L. Falcid. l. obligationum ferè §. ſi ita ff. de oblig. & act. l. duo ſocietatem. in princ. ff. pro ſoc.* Ergò ſtipulatio disjunctiva differt à conditionali.

Reſpondeo, non poſſe duci argumentum à rebus ad perſonas. Cùm duas res disjunctim ſtipulamur, Stichum, aut decem, utraque res ponitur ad obligationem *l. ſi duo* 17
118. ff. de V. O. Cùm verò ſtipulamur ſub conditione, *ſi Stichum non dederis, decem dare ſpondes?* ſola decem ſunt in obligatione; Stichus autem eſt ſolummodò in ſolutione *l. obligationum ferè § ſi ita ff. de oblig. & action. l. 1. §. item ſi ita. in fin. ff. ad Leg. Falc.* Itaque ſimiles eſſe non poſſunt illæ duæ ſtipulationes, nec eamdem vim habere. Non ita ſe res habet in perſonis. In utraque enim ſtipulatione perſona adjicitur ſolutionis causâ. Si ſtipulor hoc modo: *ſi Sejo non dederis, mihi dare ſpondes?* tu mihi ſoli obligaris: Sejo ſolvere potes etiam me invito, eique ſolvendo à me liberaris. Item ſi ſtipulor: *mihi, aut Sejo dari*: ſoli mihi obligaris, Sejo autem ſolvere potes etiam me invito, eique ſolvendo à me liberaris *§. ſi quis alii Inſtit. tit. de inutil. ſtipul. l. ſed etſi 7. §. ult. ff. de conſtit. pecun. l. eum qui 56. §. qui ſibi ff. de V. O. l. Stichum 95. §. quæſitum ff. de ſolution.* Itaque in utraque ſtipulatione ideò adjicitur perſona Seji, ut ei ſolvi poſſit, in neutra autem ſtipulatione perſona Seji ponitur ad obligationem, ſed ut debitori detur electio, & facultas ſolvendi Sejo, quæ extinguitur per litis conteſtationem. Igitur ex mente contrahentium conditio illa per litis conteſtationem impletur: pendet enim conditio quamdiu durat in debitore facultas eligendi.

Imò ſi rem paulò accuratius, ac ſubtilius expendamus, in ſtipulationibus propoſitis in *l. ſi Titius ff. de V. O.* non ſolum ex mente contrahentium, ſed etiam ex Juris noſtri regulis, dicendum eſt, conditionem per litis conteſtationem impleri. Animadvertendum 18
enim eſt, quòd etiam in rebus, quando res, quæ ponitur in conditione, poſita eſt etiam in obligatione, ſtatim agi poteſt. Si quis ita ſtipuletur;

stipuletur: *penum dabis, & si penum non dederis, decem dabis?* In hâc stipulatione penus non solum posita est in conditione, sed etiam deducta in stipulationem, & obligationem. In hac stipulatione si per promissorem steterit, quominus penum daret, statim agi potest ad decem *l. ita stipulatus 115. §. ult. ff. de V. O. l. 1. §. item si ff. ad Leg. Falcid.* & conditio hæc post motam litem existit *l. nuda C. de contr. stipul.* Non aliter in casu nostro, in quo propter duplicem stipulationem Titii, & Seji, utrique debitor est obligatus, & statim agi potest, & per litis contestationem conditio impletur. Non solum enim Sejus ponitur in conditione, & ponitur ad solutionem: sed etiam ponitur in stipulatione, & obligatione. Nec solum Sejo solvi potest, sed etiam Sejus fundum deduxit in stipulationem. Sicut igitur in superiori stipulatione, in qua non solum res posita est ad solutionem, sed etiam deducta in stipulationem, conditio post motam litem existit: ita & in casu nostro.

Defensa Accursii interpretatione, quid sentiam de interpretatione Petri de Bellapertica paucis aperiam. Existimavit ille statim
19 agi posse ex his stipulationibus, quia non sunt conditionales: idcircò autem conditionales non sunt, quia contrahentes expresserunt conditionem, quæ tacitè inerat. Quoties autem exprimitur conditio, quæ tacitè inest, non fit actus conditionalis *l. 3. ff. de legat. 1. l. in conditionibus 19. §. 1. l. aliquando 107. ff. de cond. & demonstr.* Enimverò in his stipulationibus videtur expressa conditio, quæ tacitè inest: cùm enim id actum esset inter contrahentes, ut essent duo rei credendi; semper in duobus reis inest tacitè ex natura actûs conditio illa, *si alteri non solverit*: nam alteri solvendo ab altero etiam liberatur *§. 1. Inst. tit. de duobus reis.* Et hæc facultas alteri solvendi durat usque ad litem contestatam *l. 2. l. ex duobus ff. de duobus reis.* Et hanc interpretationem probat subtilissimus Bartolomeus Chesius *lib. 2. Interp. cap. 24.*

Sed opponit Bartolus, conditionem, quæ tacitè inest, impedire actionem *l. item quia §. hujus rei ff. de pact.* Quid responderit Chesius, non satis intelligo. Nam *l. si dies §. ult. ff. quan. dies leg. ced.* probat potius sententiam Bartoli, quia licet legatum illud condi- 20
tionale non sit, tamen peti non potest ante existentem conditionem, & ante aditam hæreditatem. *l. hæredis aditio ff. eod.* Igitur & in casu nostro licet stipulatio non sit verè conditionalis, tamen actio erit differenda quamdiù alteri solvi potest, nec sufficiet natam esse obligationem *l. cùm illud 25. §. 1. ff. quan. dies leg.*

Putarem igitur responderi posse, distinguendum esse. Aut exprimitur id, quod etsi non exprimeretur, tamen differret actionem, quamvis tacitè inesset: & tunc expressum differt actionem, sicut eam differt, cùm tacitè inest: ut in laudatis legibus. Neque enim expressum minorem vim habere debet, quàm haberet tacitum. Aut exprimitur id, 21
quod non differebat actionem, cùm tacitè inerat: & tunc neque expressum differt. Et ratio est, quia expressum nihil operatur, cùm supervacuum sit adjicere id, quod inest etiamsi non adjiciatur *l. Cornelius 69. ff. de hæred. instit. l. si in diem 46. l. servo ff. de cond. & demonstr.* In casu nostro quilibet ex duobus reis statim agere potest, licet debitor possit alteri solvere; & ideò cùm non differat actionem id, quod tacitè inest, nec expressum eam differre debet.

Ego potius opponerem, quod hujusmodi conditiones *dandi*, *solvendi*, & similes, si exprimantur, personæ cohærent *l. qui hæredi. in princ. & in §. seqq. l. si ita expressum ff. de cond. & demonstr.* Et ideò aliam vim habent expressæ, aliam tacitæ *l. eum qui certarum 138. §. 1. ff. de V. O. l. si ita legatum 65. §. 1. ff. de leg. 1.* & ideò licet tacitæ non faciant 22
actum conditionalem, tamen conditionalem faciunt, si exprimantur *l. si ita expressum ff. de cond. & dem. l. si ita legatum 65 § 1 ff. de leg. 1.* Neque enim poterit dare ejus hæredi, neque domino, aut servo *l. sub diversis. in fin. l. qui hæredi ff. de cond. & dem.* Quo fit, ut actus sit conditionalis *d. l. sub diversis.*

Crediderim tamen alia ratione tentari posse eas stipulationes non esse conditiona-

les: non quia fuerit expressa conditio, quæ tacitè inerat. Nam ut dixi, quando conditio expressa non habet camdem vim, ac tacita, facit actum conditionalem; sed ex mente contrahentium. Tametsi quis protu-
23 lerit verba conditionis, ea non faciunt conditionem, si alia mente protulit *l. muto ff. de tutel. l. avia* 77. §. *ult. ff. de cond. & dem.* In casu nostro contrahentes adjecerunt illa verba: *si alteri non dederis*: non animo adjiciendæ conditionis, sed ut ostenderent, se constituere velle duos reos credendi. Possunt duo rei constitui etiam per stipulationes separatim: sed ita demum, si hoc actum sit,
24 ut duo rei constituantur *l. 3. ff. de duob. reis.* In nostra proponuntur duo separatim stipulati: si simpliciter stipulati essent sine aliqua adjectione, non essent duo rei stipulandi *l. reos* §. 1. *ff. de duob. reis. princ. Instit. tit. de duob. reis. vers. nam si.* Itaque exprimendum erat aliquid, quo constaret id inter eos actum fuisse, ut duo rei constituerentur. Quare contrahentes expresserunt ea, quæ propria
25 sunt duorum reorum. Ea duo sunt: ut debitor utrique in solidum teneatur §. 1. *Instit. de duob. reis. l. 2. ff. eod.* & ut debitor uni solvens ab utroque liberetur *d.* §. 1. *& d. l.* 2. Hæc autem duo expresserunt, reciprocâ illâ conditione: *si alteri non dederis*: quam adjecerunt, non ut suspenderent obligationem, & actionem; sed ut admonerent debitorem eum ita utrique in solidum teneri, ut tamen una solutione posset ab utroque liberari, argumento text. in *l. muto ff. de tutel.* ibi: *Non conditionem in se habere, sed admonitionem, non aliter ei tutelam committi, quam si satis dederit.* Si simul stipulati fuissent, utique essent duo rei, & juxta naturam duorum reorum sine alia adjectione debitor alteri solvere teneretur, si alteri non solvisset. Cùm autem separatim stipulati essent, non poterat constare an essent duo rei, nisi hoc, aut simili modo voluntatem suam declarassent. Itaque hæc declaratio ex eorum mente habet vim constituendi duos reos, non inducendæ conditionis. Vide text. in *l. cùm ita legatur* 9. *ff. de opt. leg.* ubi similis conditio resolvitur in alternativam. In casu nostro cùm uterque sit stipulatus, & quidem separatim, utrique promissor est obligatus, ut fit in duobus reis: & conditio quoad solutionem, resolvitur in alternativam: hoc est, uni, cuicumque volet, solvendo liberatur ab altero.

CAPUT XXVI.

AD L. CUM DUOBUS 52. §. *damna ff. pro socio.*

SUMMARIUM.

1 *Casus fortuitus quomodo appelletur in Jure.*
2 *Ejus descriptiones.*
3 *Quid sit* imprudentibus accidere, *& quid significet*, imprudens.
4 *Explicatur Virgilii locus.*
5 *Factum Principis est casus fortuitus.*
6 *Quid sit casus fortuitus. & n. 16.*
7 *Exponitur* l. quæ fortuitis C. de pign. act. *& quid sit casus fortuitos prævidere non posse. & n. 16.*
8 *Naufragium, & Piratarum incursus, sunt casus fortuiti: & quare.*
9 *Ruina, & incendia licet Romæ frequentissima, sunt casus fortuiti.*
10 *Mortes animalium, & fuga servorum, casus fortuiti.*
11 *Item grandines, aquarum magnitudines, fluminum inundationes, uredines, graculi, sturni.*
12 *Item debitoris decoctio.*
13 *Quæ sint propria casûs fortuiti.*
14 *Rapina est casûs fortuitus, non furtum, & quare.*
15 *Quid sit* providere, *ad explicationem* l. 2. §. si eo tempore ff. de adm. rer. ad civ. pertin.
17 *Casus fortuiti alii soliti, alii insoliti. Defenditur latè hæc DD. distinctio. & nn. seqq*
18 *Chasma, labes, frigus immoderatum, sunt casus inopinati.*
20 *Opera Naturæ non sunt casus fortuiti, nisi sint præter consuetudinem, & immoderata: ut frigus, æstus, pluvia, venti.*

CAsus fortuitus appellatur vis major, vis divina, fatum, damnum fatale, detrimentum fatale, fatalitas, *l. si merces* 25. §. *vis major. l. si fundus* 33. *in fin. ff. locat. l.* 1
verum 11. §. *si locupleti ff. de minor. l. si ut certo* §. *quod verò ff. commod. l.* 1. §. *& ille quidem ff. de oblig. & act. l. fluminum* 24. §. *Servius ff. de damn. infect. l.* 3. §. 1. *ff. nautæ, caupon. stabul. l.* 3. *ff. de instr.*

vel instrum. leg. l. 1. *C. de jure emphyteut l.*
2 *cum duobus §. damna ff. pro soc.* Ipsum autem his descriptionibus Veteres explicarunt: *Qui provideri non potuit: quem nullum humanum consilium providere potest; l. quæ fortuitis C. de pignorat. act. l.* 2. *§ si eo tempore ff. de admin. rer. ad civitat. pertin.* His tamen non videtur esse consentanea Ulpiani descriptio in *l. cum duobus § damna ff. pro soc. Damna, quæ imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia.*

Emendat hanc legem Hotomannus *observ. lib.* 4. *cap.* 16. *damna, quæ prudentibus accidunt.* Enimverò Latini sermonis elegantiam
3 Ulpiano videtur invidisse. Damna, quæ imprudentibus accidunt, sunt damna, quæ nobis nihil tale cogitantibus accidunt, quia accidunt præter opinionem, atque expectationem, quia provideri, ac præcaveri non possunt. Imprudens enim sæpenumerò dicitur, non qui imprudentiæ, & oscitantiæ vitio laborat, sed insciens, & ignarus; qui etiam sine ulla culpa, vel factum præteritum ignorat, vel futurum non providet. Facta etiam prudentissimos fallunt *l.* 2. *ff. de Jur. & facti ignor.* Futura autem nemo omnia potest providere: nisi Homericus ille vates,

Ὃς ᾔδη τά τ' ἐόντα, τά τ' ἐσσόμενα πρό τ' ἐόντα.

Nemo tam prudens est, cui non aliquid accidat præter opinionem. Hic autem in re, quæ præter opinionem, expectationemque accidit, imprudens dicitur, quia id non providit, non quia imprudenter, aut oscitanter se gesserit: nimirum eo verbo factum potius demonstramus, quàm animi vitium. Rectè Terentius *in Adelphis act.* 5. *sc.* 4. *Numquam ita quisquam benè subductâ ratione ad vitam fuit; quin res, ætas, usus aliquid apportet novi, aliquid moneat.* Et in hac significatione passim usurpatur hoc verbum tùm à Veteribus Jurisconsultis, tùm à Latinis Scriptoribus. A Jurisconsultis in *l. cùm ab eo §. ult. ff. de contr. empt. in. l. in his rebus §. mulier ff. solut. matrim.* ibi: *Sive prudens mulier plus esset stipulata, sive imprudens. l. si servus* 24. *§. servum ff. de action. empt. l. atqui* 19. *ff. de negot. g st. l. cum fundus* 31. *§. servum ff. de reb. credit. l. in fundo* 38. *in princ. ff. de rei vindic.* A Veteribus Scriptoribus, ut à Cicer. *pro Roscio Amer. Hac omnia, Judices, imprudente L. Sylla facta esse certo scio.* Terent. *in Hecyr. Plus hodie boni feci imprudens, quàm sciens ante hunc diem umquam.* & in *Andr. act.* 1. *sc.* 3. *in fine. At ego hinc me ad forum, ut conveniam Pamphilum, ne de hac re pater imprudentem opprimat.* Cic. pro Sextio, à quo Consul dicitur *imprudens impendentium malorum.*

Virgil. *Georg. lib.* 1.

— Numquam imprudentibus imber 4
Obfuit.

Miror in hujus carminis interpretatione hærere doctissimos. Hoc nimirum voluit demonstrare Virgilius, tot, ac tam manifesta esse signa imbris impendentis, ut à quolibet prævideri possit: & quamvis noceat agricolis, quia declinari non potest, non tamen nocet iis imprudentibus, sed prævidentibus. Hotomannus tentat emendare duobus modis hunc locum: *numquam prudentibus.* Sed hæc emendatio falsam sententiam affingit Virgilio: nam tempestas, & imber nocet etiam prudentibus: est enim vis major, cui resisti non potest. Vel putat corrigendum, *affuit.* Sed hoc multò languidius est, & à Virgiliana majestate alienum. Post illos versus:

At Boreæ de parte trucis cùm fulminat: & cùm
Eurique, Zephyrique tonat domus: omnia plenis
Rura natant fossis, atque omnis navita ponto
Humida vela legit:

Quàm languidè subjicitur: *imber affuit?* *Obfuit* plenius est, & vehementius: & explicatius describit vim imbris, qui nocet etiamsi prævideatur. Et sane imber ille, quem versibus præcedentibus describit, non adest, sed obest. Idem Virgil. 2. *Georg.*

— *Nec metuit surgentes pampinus Austros,*
Aut actum cœlo magnis Aquilonibus imbrem.

Sed ad rem redeamus. Sunt igitur damna fatalia, quæ imprudentibus accidunt: accidunt enim præter opinionem, atque expectationem nostram nobis non providentibus; quia provideri humano consilio non possunt *l. 2. §. si eo tempore ff. de admin. rer. ad civit. pertin. l. quæ fortuitis C. de pignor. act.*

Cavendum tamen est, ne nobis imponat perversa harum legum interpretatio, quæ in errorem induxit quosdam primæ classis Pragmaticos, qui primas in foro tenuerunt. Existimant illi nullum esse casum fortuitum,
5 nisi qui sit omninò insolitus, & inopinatus. Itaque licet factum Principis referatur inter casus fortuitos, quia ei resisti non potest *l. si fundus 33. ff. loc.* si à Principe minuantur reditus locorum, montium, id inter casus fortuitos non putant esse recensendum, quia poterat prævideri Principem posse illos reditus minuere.

Ut evellamus hunc errorem, luculentius exponendæ sunt superiores leges; & natura
6 casûs fortuiti accuratius explicanda. Casus fortuitus est, cui humana infirmitas resistere non potest *l. 1. §. & ille quidem ff. de oblig. & act. l. ex conducto §. si vis ff. locat. l. in rebus in princ. ff. commod. l. in judicio 28. C. de locato.* & ideò vis major, vis divina, fatum appellatur, ut initio diximus. Quocircà etiamsi prævideatur, tamen declinari non potest: ut imber ille Virgilianus, qui nocet, etiamsi eum manifesta signa præcesserint significantia futurum imbrem. Est quidem incertus casus fortuitus, cùm à fortuna, fatoque pendeat: & ideò rectè dictum est, ea quæ fortuitis casibus accidunt, prævideri non posse in *l. quæ fortuitis C. de pignor. act.*
7 Hoc tamen non ita accipiendum est, quòd nemo possit prævidere, generatim accidere posse aliquem casum fortuitum. Nemo quidem divinare, ac præsciscere potest an sit eventurus, an non, aliquis casus fortuitus ac proindè non potest culpæ cujusquam adscribi, quòd non præcaverit casum, quem ignorabat extiturum. Nemo tamen ignorat fieri posse, ut casus aliquis accidat: impendent enim semper mille casus nobis occulti, qui etsi à nobis non prævideantur, scimus tamen evenire posse. Sed hoc non impedit quominus sint casus fortuiti. Dixi fortassè paulò obscurius; sed exemplis luculentius id explicabo.

Qui rem commodat Titio ut trans mare ferat, utique prævidere potest tàm ipse, quàm Titius, fieri posse ut naufragium faciat, ut in Piratas incurrat. Et tamen tàm naufra- 8
gium, quàm Piratarum incursus casibus fortuitis adscribuntur *l. in rebus 18. ff. commod.* Nimirum quia hæc incerta sunt, & à casu pendent, nec præcaveri, ac declinari possunt.

Nemo ignorat evenire posse, ut ædes vel incendio absumantur, vel corruant. Frequentissima erant incendia Romæ, frequentissimæ ruinæ. Juven. *Sat. 3.*

Nam quid tam miserum, & tam solum vidimus, ut non
Deterius credas horrere incendia, lapsus Tectorum assiduos.

Senec. *lib. 2. Controv. Tanta altitudo est ædificiorum, tantaque viarum angustiæ, ut ne-* 9
que adversus ignem præsidium, neque ex ruinis ullum ullam in partem effugium sit. Hinc sæpè cohibita ædificiorum altitudo, ut crebris ruinis occurreretur. Hinc ab Augusto institutæ Vigilium cohortes ad extinguenda incendia, qui non alium ei rei sufficere, quam Cæsarem credidit. *l. 1. 2. & 3. ff. de off. Pref. Vigil.* Cui igitur non veniret in mentem, vel ruinam, vel incendium existere posse? Nihilominus tamen, quia hæc sunt incerta, sunt à casu, evitari non possunt, inter casus fortuitos recensentur in *l. 1. §. & ille quidem ff. de oblig. & act. §. item is cui Inst. tit. quib. mod. re contrah. oblig. l. contractus ff. de Reg. Jur. l. in ratione 30. in princ. ff. ad Leg. Falc.*

Quid mortes animalium? Non adeò rarò accidunt, ut conductor gregis non possit 10

prævidere , ac suspicari eas existere posse. Virgil. 3. *Georg.*

Non tàm creber agens hyemem ruit æquore turbo ,
Quàm multæ pecudum pestes.

Quid fugæ servorum ? quàm frequentes illæ fuerunt ? Ut quotidianas prætermittam , an non Eunus , Athenio , Spartacus fugitivorum exercitus ingentes , & Romanis ipsis formidabiles coëgerunt ? Et tamen animalium mortes , & fugæ servorum casibus fortuitis adscribuntur in *l. contractus* 23. *in fin. ff. de Reg. Jur. l. in ratione* 30. *in princ. ff. ad Leg. Falcid.* nec ab ullo præstantur , quia sine culpa nostra accidunt , & facilè præcaveri non possunt.

Conductor agri certè non ignorat fieri posse , ut grandine segetes prosternantur , uvæ , & oleæ decutiantur , (quam *fundi calamitatem* vocat Terentius , Ulpianus verò *calamitosam tempestatem*) uredine corrumpantur , à graculis , ac sturnis ab-
11 sumantur : aquarum magnitudine , fluminum inundatione vastentur agri : & tamen hæc inter casus fortuitos numerantur in *l. ex conducto* §. 1. *ff. locat.* in *l. contractus ff. de Reg. Jur.* in *l. in ratione ff. ad Leg. Falc.*

Quid ? estne quicquam frequentius , quàm debitores facultatibus labi ? Estne quisquam adeò rudis , nec rerum ignarus , qui nesciat fieri posse , ut debitor facultatibus labatur , & tempore fiant pejora debitorum nomina ?
12 Et tamen hoc fieri casu fortuito , & hunc casum humano consilio provideri non posse traditum est in *l.* 2. §. *si eo tempore ff. de admin. rer. ad civit. pertin. l. in ratione. in princ. ff. ad Leg. Falcid.* Nimirùm quia nec prævideri potest id futurum , nec evitari : idque sine culpa nostra , & præter expectationem accidit.

Rectè igitur , & eleganter , ut semper , M. Tullius *lib.* 5. *epist.* 17. *Communem , & incertum casum , neque vitare qui quam nos-*
13 *trûm , neque præstare ullo pacto potest.* Hæc duo sunt propria casûs fortuiti : ut sit *communis* , hoc est , cuilibet potuerit evenire , adeoque vitari non potuerit : ut sit *incertus* , atque adeo præstari non potuerit. Quamobrem licet rapina furto cognata sit , tamen rapina est casus fortuitus , furtum non item , *l. contractus ff. de Reg. Jur. l. cùm duobus* §. *damna ff. pro soc.* Rapina enim vitari non potest , 14
nec provideri ne accidat , quia vim continet *princ. tit. Inst. de vi bon. raptor.* vis autem est majoris rei impetus , qui repelli non potest *l.* 2. *ff. quod met. caus.* Contrà furtum , in quo nulla vis adhibetur , à diligenti patresfam. præcaveri potest , rarò sine culpa nostra accidit.

Hìc autem operæ pretium est animadvertere , quod in laudata *l.* 2. §. *si eo tempore ff. de admin. rer.* non dixit J. C. casus fortuitos esse , qui prævideri non possunt : sed , *qui nullo humano consilio provideri possunt* : hoc 15
est , adversus quos caveri non potest , ut explicant Imperatores in *l. tutoribus* 4. *C. de peric. tutor.* Providere enim , etsi significet futura longè ante videre ; tamen plerumque significat curare ut aliquid fiat , vel non fiat , & præcavere ne quid accidat. Terent. in Andr. *Quæ si non astu providentur , me , aut herum pessumdabunt.* Cic. 3. *in Verr. Nam quæ invidia C. Junius conflagrarat , ea , nisi providisses , tibi ipsi tùm pereundum fuisset.* Cæs. *de bell. Gall. lib.* 5. *Tum demum Titurius , uti qui nihil ante providisset , trepidare.* Cic. *lib.* 6. *epist.* 10. *ad Trebat. in fine* : *Quæ sunt in fortuna temporibus regentur , & consiliis nostris providebuntur.* Hinc frequens illa in Rescriptis Imperatorum formula : *Præses , vel Judex providebit l. qui legati* 5. *C. ut in possess. legat. l.* 3. *C. si min. se major. dixer. l.* 2. *C. de tempor. in integr. rest. l. ult. C. comm. divid. l. ex pecunia* 12. *C. de jur. dot. l. si creditores* 18. *C. de pact. l. nec omissa C. de liber. causa* : & alibi passim. Hinc providus dicitur , qui solers est , & cautus in accurandis iis , quæ ad rem benè gerendam , & vitanda pericula , & imminentia damna conducunt. Quapropter providum fortuito opponitur. Cicer. *de Natur. Deor. Atque ut intelligamus nihil horum esse fortuitum , & hæc omnia esse opera provida , solertisque naturæ.*

Ex quibus conjecturam facio etiam in *l. quæ fortuitis C. de pignor. act.* legendum esse
16 *cum provideri non potuerint* : ut legitur in quibusdam optimæ notæ codicibus : quæ lectio & multò elegantior est, & multò accommodatior ad explicandam naturam casûs fortuiti. Cicer. *lib. 2. de invent.* agens de accusando eo, qui se defendit necessitate casûs fortuiti. *Postea demonstrare potuisse evitari : & hac ratione provideri potuisse, si hoc, aut illud fecisset ; aut nisi fecisset, præcaveri.* Est enim casus fortuitus, fortunæ vis, quæ obstat hominum voluntati, & eludit eorum consilia. Id. *eodem libro 2. de Invent. Casus autem inferetur in concessionem, cùm demonstrabitur aliqua fortuna vis voluntati obstitisse.* Idem *pro M. Marcello : Numquam ad consilium casus admittitur.* Et pro Rabirio Postum. de facto Regis, quod putabatur casus fortuitus, ait : *Nolite igitur fortunam convertere in culpam, neque Regis injuriam hujus crimen putare : nec consilium ex necessitate : nec voluntatem ex vi interpretari.* Rectè, nam in Jure nostro hæc tria considerantur ; dolus : culpa : casus fortuitus. Quod caret dolo, & culpâ, adscribitur necessitati, ac vi, & casus fortuitus appellatur *l. contractus 23. ff. de Reg. Jur.*

His expositis, constat egregiè allucinari eos, qui reprehendunt distinctionem nostrorum Interpretum inter casus solitos, & insolitos : & arbitrantur omnes casus fortuitos insolitos esse, cùm sint omnes omninò ino-
17 pinati. Enimverò casus fortuiti, si comparentur ad ea, quæ quotidie naturaliter accidunt, sunt omninò insoliti : si verò inter se conferantur, alii soliti sunt, alii insoliti. Sunt enim quidam casus, qui frequenter accidunt : sunt quidam alii, qui insolenter, ac raro, ac ferè numquam. Et hi sunt omninò inopinati, quia vix possunt homini vel cautissimo, ac solertissimo in mentem ve-
18 nire : ut est chasma, & labes, cùm ad ingentem altitudinem terra desedit : ut fuit frigus anni præsentis, quo ubique oleæ omnes adustæ, & alicubi etiam vites aruerunt, cujus vix apud Scriptores extat memoria, quo referri potest responsum Jurisconsulti de nivibus immoderatis, quæ frumenta corruperant in *l. fistulas §. ult. ff. de contrah. empt.*

Qui hanc distinctionem reprehendunt, 19
tuentur se auctoritate J. C. in *l. fistulas §. ult. ff. de contr. empt. Frumenta, quæ in herbis erant, cùm vendidisses, dixisti, te, si quid vi, aut tempestate factum esset, præstaturum : ea frumenta nives corruperunt. Si immoderatæ fuerunt, & contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.* Vel, ut docti Viri emendant : *contra consuetudinem tempestates.*

Sed meminisse oportet ejus, quod suprà monuimus ex Cicerone : opera providæ, solertisque naturæ fortuitis opponi. Quamobrem hæc non dicuntur fortuita, nec ad 20
fortuitos casus referuntur, nisi sint insolita, immoderata, & præter solitum, & consuetum naturæ ordinem. Pluviæ, venti, nives, frigus, æstus, tumentes fluminum undæ, sunt opera providæ, solertisque naturæ : adeòque ad casus fortuitos non pertinent, nisi immoderata sint, & præter solitum, & contra consuetudinem. Quamobrem rectè Ulpianus in *l. ex conducto §. 1. ff. locati* : ait, *Aut Solis fervore non assueto id acciderit, damnum domini futurum : si verò nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse.* Fervor Solis naturaliter quotannis accidit : atque adeò ut ad casus fortuitos referatur, necesse est ut sit contra consuetudinem, non sit assuetus. Eadem ratione in *l. contractus. in fin. ff. de Reg. Jur.* ad casus fortuitos referuntur non aquæ, aut pluviæ, sed aquarum magnitudines : & in *l. fluminum 24. §. Servius ff. de damn. inf.* non venti, sed ventorum violentia : & in *l. damni infecti 43. ff. eod. Sed si tanta vis venti fuisset, ut quamvis firma ædificia convelleret.* & in *§. cùm autem emptio Inst. tit. de empt. & vendit. Inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis.* Hæc enim omnia, cùm sunt consueta, naturalem rerum cursum non prætergrediuntur, ideò fortuita esse non possunt. Cùm verò insolita sunt, & immoderata, non naturaliter accidere,

ſed vim divinam habere creduntur *d. l. fluminum §. Servius ff de damn. inf.* Veriſſimum eſt quod diximus, omnes caſus comparatos ad ea, quæ in dies naturaliter accidunt, inſolitos eſſe.

CAPUT XXVII.

AD L. QUIDAM TESTAMENTO *96. ff. de legat.* 1.

SUMMARIUM.

1 *Quid differat aſſignatio fundi taxativè, an demonſtrativè facta ſit.*
2 *Plura exempla fundi aſſignati demonſtrativè.*
3 *Plura exempla fundi aſſignati taxativè.*
4 *Quando taxationis, vel demonſtrationis vicem obtineat fundi aſſignatio, & n. 17.*
5 *Quando certum corpus deducitur in obligationem, ſemper illud taxativè ſit.*
6 *Secus eſt in emptione: & quare?*
7 *Error in materia licèt non vitiet alios contractus, vitiat emptionem: & quare?*
8 *Venditor non debet aſſeverare, quæ ignorat.*
9 *Conditiones quæ ad præſens, vel præteritum referuntur, non faciunt actum conditionalem.*
10 *Aliud eſt taxatio fundi: aliud taxatio temporis.*
11 *Dies non ad finiendam obligationem, ſed ad differendam ſolutionem adjicitur, & quando ſecus?*
12 *Adjectio reditûs, aut fructûs conditionaliter facta ſemper vicem taxationis obtinet.*
13 *Demonſtratio in futurum collata conditionem facit.*
15 *Qui legat id, quod à Titio hæres exegerit, videtur legare actionem quam habet adverſus Titium; ſicut qui legat, quod ſibi debetur.*
16 *Fundus obligatus pigneri numquam vicem taxationis obtinet: & quare? Pignus neque auget, neque minuit obligationem.*
17 *Cùm certa quantitas deducta eſt in obligationem, aſſignatio loci habet vim demonſtrationis, & n. 20 & 21.*
18 *Certa ætas conditionem facit adjecta ſubſtantiæ legati, non ejus executioni.*
19 *Dies incertus exonerandi hæredis cauſâ adjectus, non facit conditionem.*
22 *Fundus aſſignatus ſubſtantiæ legati, habet vim taxationis, & n. ſeqq.*

IN celebri illa quæſtione, quæ ſæpenumerò in Foro agitatur, an aſſignatio certi fundi, vel loci, vel ſummæ, facta cenſeatur taxationis, vel demonſtrationis cauſâ, multæ occurrunt leges, quæ videntur inter ſe pugnare, & accuratâ indigent explicatione. Non rarò hîc de re diſputandum eſt:
nam facilè evenire ſolet, ut fundus deſti-
natus, & aſſignatus, vel initio, vel pro-
greſſu temporis non ſufficiat ad erogandam
debitam præſtationem: quo caſu ſi taxatio- 1
nis cauſâ fundus eſt aſſignatus, non tenetur
aliundè ſupplere, qui ad eam præſtationem
eſt obligatus: ſi verò demonſtrationis cauſâ
ſit adjectus, ſupplere tenebitur, & inte-
gram præſtationem ſolvere, etiamſi ex fun-
do aſſignato redigi non poſſit. *l. quidam teſtamento 96. in princ. ff. de legat. 1. l. Paula Callinico 27. ff. de leg. 3. l. cum certus ff. de trit. vin. & ol. leg.*

Quòd fundus demonſtrationis cauſâ ſit
aſſignatus, probari videtur primò ex *l. qui-
dam teſtamento 96. in princ. ff. de legat.* 1.
ubi proponitur hujuſmodi legatum: *Aureos
quadringentos Pamphilæ dari volo; ita ut
infra ſcriptum eſt: a Julio actore aureos tot,
& in caſtris, quos habeo tot; & in numerato
quos habeo, tot.* Teſtator ante mortem ſum- 2
mas illas in alios uſus convertit. Quæſitum
eſt, an hæres nihilòminus teneretur ad ſolvendos Pamphilæ quadringentos. Reſpondit Julianus: *Veroſimilius eſt patremfam. demonſtrare potiùs hæredibus voluiſſe, unde aureos quadringentos ſine incommodo rei familiaris contrahere poſſent, quàm conditionem fideicommiſſo injeciſſe, quod initio purè datum eſſet; & ideò quadringenti Pamphilæ debebuntur.*

Secundò, ex *l. Paula Callinico 27. §. Julianus ff. de leg. 3.* ibi: *Placuit Imperatori non videri ejus fideicommiſſum, ſed demonſtratum unde accipere poſſet, & idèò hæres Severi hæc præſtare debet.*

Tertiò, ex *l. Lucius Titius 12. ff. de aliment. leg.* ibi: *Paulus reſpondit, cibaria, & veſtiaria integra deberi: neque ex eo, quòd poſtea prædia his pignoris jure teſtator obligare voluit, ut ex reditu eorum alimenta perciperent, minuiſſe eum, vel auxiſſe ea, quæ reliquerat, videri.*

Hùc etiam referunt Interpretes noſtri tex-

tus in *l. ex eo vino* 13. *ff. de trit. vin. & ol. legat.* in *l. Firmio Heliodoro* 26. *ff quan. dies legat. ced.* in *l. inter stipulantem* §. *sacram. ff. de V. O.* in *l. legatum* § *vini ff. de ann. leg.* In quibus supplenda est quantitas legata, vel promissa ex reditu aliorum annorum, si minùs aliquo anno collectum fuerit ex reditu fundi assignati.

Contrà verò quòd fundus videatur assignatus causâ taxationis, adeoque supplendum non sit, si minus ex eo redigi possit,
3 probari videtur ex *l. cùm certus* 5. *ff. de tritic. vin. & ol. leg.* ibi: *Cùm certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset; & minùs natum esset, non amplius deberi placuit, & quasi taxationis vicem obtinere hæc verba; quod natum erit.*

Secundò, ex *l. si debitor* 39. §. 1. *ff. de contr. empt.* ibi: *Verisimile est eum, qui fructum olivæ pendentis vendidisset, & stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium constituisse ex eo, quod natum esset usque ad decem pondo olei: idcircò solis quinque collectis non amplius emptor petere potest, quàm quinque pondo olei, quæ collecta essent.*

Tertiò, ex *l. nomen debitoris* 34. §. *uni ex heredibus ff. de leg.* 3. ibi: *Respondit manifestè proponi, ex reditibus bonorum eorum jussum æs alienum exsolvere, non de proprio.*

Ut has, & alias leges conciliemus, & magis distinctè, atque explicatè, quàm ab aliis factum sit, hanc quæstionem exponamus; primùm monendum est huic quæstioni tantummodò locum esse, quandò certa quantitas legatur, aut deducitur in obligationem, eaque percipienda est ex reditu alicujus fundi, vel ex aliquo loco: tunc enim in controversiam vocatur, an adjectio illa loci, vel fundi habeat vim taxandæ, ac minuendæ obligationis, si ex eo loco, vel
4 fundo tota illa quantitas redigi, ac percipi non possit. Et de hoc agunt omnes leges modò laudatæ, ut facilè poterit quilibet animadvertere. Contrà verò, si non certa quantitas ex fundo assignato percipienda deducatur in obligationem: sed ipse fundus, vel certum corpus in obligatione ponatur, & deinceps ejus reditus, vel quantitas enuntietur: tunc hæc adjectio demonstrationis causâ facta censetur, nisi constet de contraria voluntate. Quamobrem in *l. si servus* 108. §. *qui quinque ff. de leg.* 1. responsum est, quòd si testator legaverit decem quæ in arce habet, si quinque habeat, quinque tantùm debentur: idémque esse in stipulatione. Et in *l. si ita legatum* 65. *in princ. ff. eod.* Si quis legaverit decem servos, præter eos, quos Sejo legavit: & pauciores inveniantur, illi tantùm debentur. Cùm enim certum corpus legatum sit *d. l. si servus* §. *qui quinque l. sed si certos* 51. *& l. planè* 34. §. *sed hoc ita ff. de leg.* 1. corpus illud deducitur in obligationem, ut ajunt, taxativè, & quantumcumque sit, ipsum solùm debetur: quantitas autem, & summa adjecta est demonstrativè, adeoque non auget legatum, nec tenetur hæres supplere, si desit aliquid quantitati demonstratæ. Neque enim quantitas deducta est in obligationem, sed certum illud corpus nummorum, qui in arca sunt, & ideò si nihil sit in arca, nihil est in legato *l.* 1. §. *sed & si dotem. ff. de dot. prælег. d. l. si servus* §. *qui quinque. & l. si ita legatum. in princ. ff. de leg.* 1. 5

Alia tamen causa est emptionis, & venditionis: nam si venditor homini dixerit peculium eum habere decem, nec quicquam adempturum: si plus sit in peculio, totum 6
præstare debet: si minùs, præstare debet decem, quæ in peculio esse dixit *l. si venditor. in princ. ff. de action. empti.* Nam in emptione, & venditione id, de quo convenit, omninò præstandum est. *l. ex empto* 11. §. 1. *ff. de action. empti. l. cùm venderem ff. locat.* & quod venditor in contrahendo dixit, omninò præstare debet, nam emptor decipi non debet, qui fortè aut empturus non fuisset, aut minoris empturus *l. quæro* 39. *ff. de action. empti.* Et ideò error in materia licèt non vitiet alios contractus *l si id* 7
quod aurum 22. *ff. de V. O. l.* 2. *ff. de pign. act. l. cùm æs ff. de furt.* vitiat tamen emptionem, & venditionem *l. in venditionibus* 9. §. *ult.*

§. *ult. l. alioquin. in princ. l. quid tamen. in fin. l. cùm ab eo §. ult. ff. de contr. empt. l. si sterilis §. quamvis ff. de action. empt.* quia præsumitur emptorem non fuisse empturum, si scivisset alterius esse materiæ: quo fit, ut propter dissensum vitiari traditum sit in *d. l. in venditionibus, & in d. l. alioquin ff. de contr. empt.* Qui error licèt sit causa dissensûs in emptione, propter pretium, quod est ab emptore solvendum: tamen non est causa dissensûs in aliis contractibus, alioquin enim nec alii contractus valerent *l. inter* 83. § 1. *l. continuus §.* 2. *ff. de V. O. §. si de alia Inst. tit. de inut. stip.* Cùm igitur venditor præcisè teneatur ad præstandum id quod dixit, ne emptor decipiatur: & in *d. l. si venditor ff. de action. empt.* duo dixerit, & affirmaverit: servum habere peculium, & in peculio esse decem: utrumque præstare tenetur. Primùm præstare tenetur totum peculium quantumcumque sit: dixit enim se nihil adempturum.
8 Potiùs enim assentior Accursio, qui putat illa esse verba contrahentium, quàm Fabro, qui eum reprehendit, existimans esse verba Jurisconsulti: tota enim complexio verborum cùm antecedentium, tùm subsequentium pro Accursio est. Prætereà præstare tenetur in peculio esse decem, sicut dixit, & ideò si minùs sit, supplere debet. Neque audiendus est venditor, si dicat, se ignorasse quantùm esset in peculio: non enim debuit facilè, quæ ignorabat, asseverare. *l. Julianus §. quid tamen ff. eod.*

Neque quisquam putet idem traditum fuisse de stipulatione in *l. si ita stipulatus* 120. *ff. de V. O.* Etenim ibi non quæritur de supplenda summa, si centum aureorum non sit, sed solùm quæritur an hæc stipulatio, *hanc summam centum aureorum dare spondes*, sit conditionalis, nec ne. Respondit Papinia-
9 nus non esse conditionalem: nam etiamsi contrahentes eâ mente stipularentur, ut tantummodò debeatur ea summa, *si modò centum aureorum sit*, tamen non erit conditionalis stipulatio, quia verba, quæ ad præsens tempus referuntur, non faciunt conditionem *d. l. si ita stipulatus. in fin. ff. de V. O. l. itaque ff. de reb. cred.* quia non suspendunt actum *l. cùm ad præsens ff. eod. § conditiones Inst. tit. de V. O.* Non affirmat præsumi contrahentes ita sensisse: hoc enim falsum est *l. si servus §. qui quinque ff de legat.* 1. sed affirmat non esse conditionalem stipulationem etiamsi ita senserint, ut ostendat nullo casu dici posse conditionalem.

Secundò, operæ pretium est animadvertere; multùm interesse inter taxationem loci, vel fundi, & taxationem temporis; quod non distinguentes DD. nostri, in varios errores prolapsi sunt. Itaque perperàm existima- 10
runt in *l. ex eo vino ff. de trit. vino & ol. leg.* in *l. legatum §. vini ff. de ann. leg in l. Firmio Heliodoro ff. quando di. leg. ced. in l. inter §. sacram ff. de V. O.* fundum adjectum fuisse demonstrationis causâ. Verè enim fundus taxationis causâ fuit assignatus, sed cùm tempus taxatum non fuerit, si quid uni anno defuerit, suppletur ex aliis annis. Non est supplendum ex alio fundo, sicut suppleri debet, quoties fundus demonstrationis causâ fuit adjectus, nec tenetur quicquam debitor præstare, nisi id, quod in eo fundo natum erit: nihil tamen interest utrum hoc, vel illo anno natum sit *d. l. legatum §.* 1. *ff. de ann. leg. d. l. ex eo vino ff. de trit. vin. & ol. leg.* Expectandum est igitur donec nascatur id, quod debetur *l. inter §. sacram. versic. pro quo & illud ff. de V. O.* Imò etiamsi præfinitum sit certum tempus, tamen tempus illud non taxationis, sed differendæ obligationis causâ præsumitur adjectum: ac proptereà longius tempus est expectandum. Quamobrem si quis ita leget: *fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum futuri anni:* si minùs, quàm quinquaginta, colligatur primo anno, expectanda est ubertas secundi anni: nam legato non conditio adjecta videtur, sed prolatum tempus solvendæ pecuniæ *l. Firmio Heliodoro ff. quan. di. legat. ced.* Dies enim obligationi adjicitur ad differendam solutionem, ne præsenti die pecunia debeatur *l. eum qui §.* 1 *ff. de V. O. §. omnis stipulatio Inst. tit. de V. O.* non ad 11
eam taxandam, aut limitandam ad certum tempus, cùm hoc sit contrarium naturæ temporis adjecti, quod ipso jure obligatio-

nem finire atque extinguere non potest *l. obligationum ferè* 44. §. 1. *versic. placet ff. de oblig. & act.* §. *at si ita Inst. de V. O.* Non potest igitur peti ante diem, cùm dies adjectus fuit *l. nihil peti* 186. *ff. de Reg. Jur. d.* §. *omnis Inst. tit. de V. O. l.* 2. §. *qui ita ff. de eo quod certo loco. l. non tamen* 9. *ff. ut legat. nom. cav.* potest tamen peti quandocumque post diem; hoc enim est in arbitrio debitoris, quando petere velit post diem. Rectè igitur respondit J. C. quod cùm tempus futuri anni sit adjectum ad proferendam solutionem, expectanda sit ubertas secundi, si ex redi u primi anni redigi non possint quinquaginta. Adjicitur quidem dies aliquando ad finiendam obligationem *d. l. obligationum ferè* §. 1. *vers. placet ff. de V. O. &* §. *at si ita Instit. eod.* Sed cùm hoc repugnet naturæ temporis, quia tempus non est modus constituendæ, aut tollendæ obligationis *d. l. obligationum, & d.* §. *at si ita*, si non constet de contraria voluntate adjicientis, semper intelligitur adjectum differendæ solutionis causâ, cùm hoc sit maximè conveniens naturæ ipsius temporis. In specie proposita in *d. leg. Firmio Heliodoro ff. qu. di. leg. ced.* non constabat de contraria voluntate testatoris; quia verba illa, *futuri anni*, sunt apta per se ad comprehendendum tàm primum, ac proximum, quàm omnes alios annos insequentes *l. eum qui Calendis. in princ. ff. de V. O.* quapropter nulla causa est, cur ea verba debeamus interpretari contra naturam ipsius temporis, & contra consuetudinem testatorum, & etiam contra conjecturam voluntatis ejus, qui legavit quinquaginta, quem verisimile non est legatum minuere voluisse per adjectionem temporis, quod non minuendæ, aut tollendæ obligationis causâ adjici solet, sed differendæ solutionis.

Tertiò, monendum est, quòd quando reditus fundi, aut fructus adjectus est per modum conditionis, semper facit taxatio-
12 nem. Ratio in promptu est, quia ea vis est, & natura conditionis, ut existens actum perficiat, deficiens actum irritet, perindè ac si non fuisset celebratus *l. hac venditio* 7. *in princ. ff. de contr. empt. l. necessario* 8. *ff. de peric. & comm. rei vend. l. si quis* 37. *ff. de contr. empt. l. Thais* 41. §. *intra ff. de fideic. libert. l. pupillorum C. de adm. tutor.* Cùm autem deficiens conditio impediat ne nascatur obligatio, multò magis habet vim ejus minuendæ. Quapropter cùm J. C. quærunt an destinatio, & assignatio fundi, vel loci, unde percipiendum est id, quod debetur, taxationis vicem obtineat, an demonstrationis, semper illud expendunt, an testator per illam destinationem, & assignationem voluerit adjicere conditionem legato: & si voluit adjicere conditionem, taxatio est; sin minùs, demonstratio ut in *l. quidam testamento ff. de leg.* 1. & in *l. Firmio Heliodoro ff. quan. di. leg. ced.* in *l. nuper* 85. *ff. de leg.* 3.

Hinc constat cur in *l. cùm certus* 5. *ff. de trit. vin. & ol. leg.* & in *l. legatum* 9. *vini Falerni ff. de ann. legat.* & in *l. si debitor* 39. §. 1. *ff. de contr. empt.* vim taxationis obtineant verba illa: *quod natum erit: quod nascetur*, & similia: nam verba illa conditionem faciunt *l.* 1. §. *ult. ff. de cond. & demonstr.* Demonstratio enim in futurum collata conditionem facit *l. nuper* 85. *in fin. ff. de leg.* 3. *l. quoties* 11. *ff. de rebus dub. l. Stichum qui meus* 6. *ff. de leg.* Et ideò minuitur obligatio pro ea parte, pro qua falsa erit demonstratio *l. scribit* 34. *in fin. ff. de aur. & arg. legato.* 13

Nec obstat text. in *l. Firmio Heliodoro. in princ. ff. quand. dies legat. ced.* Nam ibi longè alia quæstio pertractatur: an scilicet tempus illud, quod fuit adjectum *futuri anni* conditionem faciat, & restringat obligationem ad proximum annum, an verò sit adjectum ad differendam solutionem, adeoque comprehendat omnes futuros annos quoad creditorem. 14

Non obstat etiam textus in *l. ut heredibus* 50. *alias l. si Titius* 5. *cùm ita ff. de leg.* 2. ubi ex sententia Publicii respondit Marcellus purum esse, non conditionale hujusmodi legatum: *quantam pecuniam heres meus à Titio exegerit, tantam Mævio dato.* Nam testator non adjecit illam demonstrationem

animo restringendi, ac minuendi legati. Voluit enim legare totum id, quod à Titio
15 exigi posset: hoc est, voluit legare nomen debitoris: sed ut legatarium liberaret ab incommodo, & molestiâ exigendi, gravavit hæredem ut exigeret, & quod exegisset Mævio legatario solveret. Itaque in eo legato licèt ex verborum conceptione videatur contineri summa, quæ ab hærede fuerit exacta: tamen vi ipsa continetur ipsum jus exigendi, & actio quæ hæredi competit adversus Titium: & ideò si legatarius velit sibi præstari actiones adversùs Titium, poterit statim hæredem cogere ad eas sibi præstandas *d. l. ut hæredibus in fin.* Non aliter qui legat centum, quæ sibi à Titio debentur, licèt verborum conceptione contineantur in legato centum, tamen vi ipsa legata est actio, quæ competit adversus Titium, & hæres non tenetur præstare centum, sed actionem cedere *§. tàm autem 21. Instit. tit. de leg.*; *l. si sic legatum §. quod si ff. de legat. 1.* Et ideò si Titius nihil debeat, inutile est legatum, quia nulla est actio quæ cedi possit *d. l. si sic legatum §. quod si.*

Quartò denique animadvertendum est, quod quando fundus creditoris alicujus quantitatis annuæ obligatur vice pignoris, ut ex eo quantitatem illam annuam perci-
16 piat, dubitari non potest, illam fundi obligationem taxationis vim habere non posse, ut traditum est in *l. Lucius Titius 12. ff. de alim. vel cibar. leg.* Pignus enim potest esse tùm majus, tùm minus debito, pro quo obligatur: & si majus sit, non auget obligationem: si minus, eam non minuit. Non potest enim mutare principalem obligationem pignus, quod ei accedit, eamque sequitur *l. cùm principalis ff. de Reg. Jur. c. accessorium de R. J. in 6.* Absurdum autem esset pignus, quod pro securitate creditoris constituitur, & ut creditori cautum sit *§. ult. Inst. quib. mod. re contr. obl. l. 1. §. jubet 9. ff. de collat.* minuere obligationem creditoris: & quod ad fulciendam, & confirmandam obligationem datur, eam extenuare, & pro parte saltem irritare, & infirmare contra text. in *l. nulla Juris ff. de legib.*

Hæc, quæ hactenus exposuimus, non satis accuratè distinguentes, ac perpendentes Interpretes nostri, rem per se dubiam, & controversam infinitis difficultatibus involverunt. His autem expositis paucæ admodum leges supersunt explicandæ, ex quibus hæc extitit controversia. Solent autem DD. ita distinguere. Si fundus, vel locus, undè percipienda est quantitas legata, sit adjectus, & assignatus in eadem oratione: taxationis vim habet assignatio: si verò in diversa oratione, demonstrationis. Alii verò distinguunt, utrum fundus sit adjectus ipsi legato, vel donationi, vel substantiæ contractûs: an verò executioni, & solutioni. Primo casu taxationis, secundo demonstrationis vicem obtinere. Existimo etiam superioris sententiæ auctores hoc idem dicere voluisse; sed aliis verbis expressisse. Quid enim interest una, an duabus orationibus testator id comprehendat; nisi quòd fundus adjectus in eadem oratione adhæret substantiæ legati, & obligationis: in diversa verò oratione adjectus, solet respicere executionem obligationis? Et hæc rationem habent. Nam cùm substantia obligationis consistit in aliqua certa quantitate, quæ in obligationem deducta est, non mutat ipsam obligationem, nec minuit quantitatem, quòd testator, vel debitor adjiciat locum, aut fundum, undè illa percipienda est, & solvenda. Hoc enim solummodò respicit solutionem, & afficit legati executionem, non vero ipsam obligationem purè contractam: ac propterea substantiam obligationis mutare non potest. Et hoc est quod traditur in *l. quidam testamento 96. ff. de leg. 1. Vero similius est patremfam. demonstrare potiùs hæredibus voluisse, undè aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possent, quàm conditionem fideicommisso injecisse, quod initio purè datum esset.*

Idem quoque constitutum est in adjectione certæ ætatis. Certa ætas legatarii adjecta legato conditionem facit. *l. si Titio 22. in princ. ff. quando di. leg. ced.* Nam dies in- 18
certus facit conditionem *d. l. si Titio, & l. dies incertus. l. si quis 54. l. hæres 79. ff. de*

cond. & dem. l. si ita scriptum 45. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. si ita scriptum ff. de manum. testam. l. quodcumque* §. 1. *ff. de V. O.* Sed conditionem facit certa ætas, quoties est adscripta ipsi legato, & cohæret substantiæ legati: cæterùm, quando est adjecta solutioni, & executioni legati conditionem non facit, *l. ex his verbis C. quando dies leg. ced. l. Firmio Heliodoro* §. 1. *ff. quan. di. leg. ced.* Nam dies adjectus solutioni, non afficit obligationem, cui non fuit adjectus, & ideò obligationem non suspendit. Quo fit, ut testator adjiciendo diem solutioni, videatur voluisse solutionem prorogare: aliud autem est prorogare solutionem, aliud injicere conditionem legato, vel fideicommisso *l. Sejus*
19 *Saturninus ff. ad S. C. Trebell.* Item quoties dies incertus exonerandi hæredis causâ adjicitur solutioni, eam in plures pensiones, ac plures annos distribuendo hæredis commodo, conditionem non facit *l. si cum præfinitione ff. quand. di. leg. ced.*

Eadem est ratio fundi, locique, ac personæ adjectæ. Hæc adjectio conditionem facit, quoties substantiæ obligationis adjicitur *l.* 1. §. *ult. ff. de cond. & dem.* si verò adjiciatur solutioni, & executioni legati, vel alterius obligationis, & ipsius hæredis commodo, ut sciat unde possit commodè debitam quantitatem cogere, non facit conditionem, nec minuit obligationem. Et hoc innuit Julianus in *l. quidam testamento in*
20 *princ. ff. de legat.* 1. illis verbis: *Verosimilius est patremfam. demonstrare potiùs hæredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possent.* Quotiescumque igitur apparet testatorem voluisse demonstrare hæredi, unde posset commodè percipere quantitatem solvendam, tunc adjectio loci, vel fundi conditionem non facit, nec vicem taxationis obtinet. Hoc autem apparet, quando testator legato purè relicto adjicit locum, vel fundum, undè solvi possit, ut in *d. l. quidam testamento ff. de leg.* 1. ibi: *fideicommisso, quod initio purè datum esset.* Qui legato, quod initio purè datum est, adjicit locum, undè solvi possit, ad expediendam solutionem, non ad minuendam obligationem videtur adjecisse.

His probè constitutis facilis est omnium legum, quæ supersunt, expositio, & conciliatio. In *l. quidam testamento ff de leg.* 1. initio quadringenti purè legati fuerunt: posteà adjectum, unde paterfam. sine incommodo rei familiaris posset quadringentos contrahere. Hæc adjectio, est demonstratio, non taxatio aut conditio: & ideò debentur quadringenti, etiamsi ex locis à testatore demonstratis contrahi non possint.

In *l. Paula Callinico* §. *Julianus ff. de legat.* 3. Julianus alumno suo quinquaginta legaverat: eaque à Juliano Mauro colono 21
suo ex pensionibus sibi debitis præstari voluerat. Manifestè hîc locus, undè percipienda est pecunia legata, adjectus est præstationi legati, quod initio purè datum erat. Et ideò rectè J C. ait, hic fuisse *demonstratum, undè hæres accipere posset.*

Contrà verò in *l. nomen debitoris* §. *uni ex hæredibus ff. de legat.* 3. injunctum erat uni ex hæredibus onus solvendi æs alienum, quod ex bonis Aretonis debebatur: & assi- 22
gnati erant reditus eorumdem bonorum ad solvendum hujusmodi æs alienum: itaque assignatio respiciebat ipsum onus injunctum, & ejus substantiæ adjecta erat. Oneris enim substantia consistebat in ipsa solutione æris alieni: & huic ipsi oneri sustinendo assignatus est certus fundus. Quamobrem rectè responsum est à Scævola, hanc assignationem taxationis vicem obtinere his verbis: *Respondit, manifestè proponi ex reditibus bonorum eorum jussum æs alienum exsolvere, non de proprio.*

Idem traditum in *l. Firmio Heliodoro in princ. ff. quan. dies legat. ced. Firmio Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum meorum futuri anni.* Non 23
dubitat Jurisconsultus, quin prædia sint assignata taxationis causâ, adeò ut non teneatur hæres de proprio solvere, quia assignatio adjecta est substantiæ legati. Dubitat tantummodò an illa temporis adjectio, *futuri anni*, conditionem faciat, & restringat

legatum ad reditus proximi anni : an verò contineat prorogationem solutionis, & extendatur ad annos insequentes. Quapropter si testator non adjecisset illa verba, *futuri anni*, nulla fuisset dubitatio, quin hujusmodi legatum restrictum esset ad reditus prædiorum, nec de proprio, aut aliunde solvendum non esset.

Item in *l. inter stipulantem §. sacram. versic. pro quo ff. de V. O.* stipulatus est quidam *ex fundo centum amphoras vini.* Manifestè hic fundus est adjectus substantiæ obligatio-
24 nis. Et ideò ait JC. amphoras vini non deberi, nisi ex vino, quod in fundo natum erit, & si fuerit bonâ fide consumptum à promissore, expectandum, ut iterum nascatur, & per has vices aut cessaturam, aut valituram stipulationem.

CAPUT XXVIII.

AD L. GENERALI 32. §. *Uxori* 2. *ff. de usufr. leg.* & *l. prædia* 27. §. *liberto* 3. *ff. de instr. vel instrum. leg.*

SUMMARIUM.

1 *Designatio certi loci aliquandò restringit legatum.*
2 *Legato rerum quæ alicubi sunt, continentur quæ inde casu absunt : & non continentur, quæ ibi casu sunt. & n.* 21. *&* 22.
3 *Quæ res censeantur perpetuò, vel casu esse in aliquo loco.*
4 *Legato rerum omnium, quæ in domo sunt, non continetur calendarium, & nomina debitorum. & n* 8.
5 *Quid si nominatim exceptum fuerit calendarium : aut legatum calendarium.*
6 *Calendarium quid?*
7 *Legato usufructu bonorum, & calendarium, & actiones continentur*
8 *Verba*, alia, cætera, *similia expressis includunt.*
9 *Si heredi servus prælegetur, coheredes nullam actionem habent ad petendum id, quod servus domino debebat.*
10 *Si cui peculium legetur, hæres retinet quod domino debebatur, jure exceptionis, non jure actionis : & quare?*
11 *Legato rerum quæ alicubi sunt, pecunia fœneratitia non continetur.*
12 *Legato etiam universali rerum alicubi existentium pecunia non continetur sed vide n.* 26. *&* 27.
13 *Taberna nomine continentur merces, & omnia, quæ sunt in taberna & n.* 38.
14 *Pecunia præsidii causâ seposita continetur : & quare n.* 16.
15 *Quæ sit pecunia præsidii causâ seposita?*
16 *Peculium quid?*
17 *In his legatis destinatio patrisfam. attenditur. & n.* 39.
18 *Argentum continetur, nisi fuerit venale.*
20 *Nec res commodata, nec pignorata continentur.*
22 *Argentum alibi à testatore depositum continetur.*
23 *Legato rerum, quæ Romæ sunt, continentur ea, quæ sunt in continentibus Urbis.*
24 *Depositum non semper significat contractum.*
25 *Thesaurus aliquandò dicitur etiam is, cujus depositionis exstat memoria*
26 *Exceptio efficit, ut includantur omnia præter excepta.*
27 *Qui comprehendit id, de quo magis dubitari poterat, comprehendit etiam id, de quo minus. & n.* 50.
29 *Exceptio non inducit inclusionem eorum, quæ sunt diversi generis. & n.* 31.
30 *Pecunia quæ in agris habetur ad pascendos servos, & exercenda opera rustica, continetur.*
31 *Res venales non continentur, etiamsi legatum sit universale, & in eo aliquid nominatim exceptum.*
32 *Etiamsi legatum non sit loco circumscriptum. Exceptiones n.* 37. *&* 38.
33 *Affertur ratio.*
34 *Proponitur & reprobatur distinctio inter res, quæ negotiationis causâ habentur, & alias res venales.*
35 *Merces quæ dicantur, aut mercis, & promercii causâ haberi : item quæ dicantur res venales? & n.* 40.
36 *Servi an mercis numero sint?*
39 *Fructus in fundo nati, ibique coacti an contineantur? vide distinctionem.*
40 *Fructus fundi ad vendendum destinati sunt res venales. & n.* 35.
41 *Res destinata habetur pro re, cui destinata est, & utriusque idem jus.*
42 *Legatum fundi cum rebus quæ ibi sunt, comparatur legato fundi cum instrumento.*
43 *Legato fundi instructi fructus non continentur, exceptis illis, qui sunt necessarii ad colendum & instruendum agrum.*
44 *Legata quæ non continent res venales, nec continent fructus venales.*
45 *Particula item habet vim repetendi.*
46 *Legatum ususfructûs bonorum quid contineat?*
47 *Salina alia privata, alia publica.*
49 *Lectio Pandectarum Florentinarum an semper præferenda?*
52 *Per voluntariam alienationem etiam invalidam, imò per solam destinationem alienandi legatum adimitur.*
53 *Vinum in doliis, & vinum de dolio.*

54 *Fructus, qui hodie solent subministrari colonis partiariis, non continentur.*
55 *Legatum fundi cum omnibus rebus, an latius pateat legato fundi instructi.*

DEmonstravimus certi loci, ac fundi designationem facere aliquando conditionem, aliquando solam demonstrationem continere: & quando habeat vim taxationis, & minuendæ obligationis, luculenter exposuimus. Nunc alia ratio minuendæ obligationis per designationem, ac circumscriptionem loci est exponenda, de qua sæpenumero etiam in foro necesse est acriter disceptare.

Generalis obligatio, & generale legatum omnium rerum restringitur, ac minuitur designato, ac circumscripto certo loco. Neque enim debentur omnia quæ sunt in loco destinato, & assignato, sed solum ea quæ ibi sunt, ut ibi perpetuò maneant, quæ ibi esse solent: non verò debentur, & legato continentur, quæ ibi casu sunt, quæ tempo-
1 ris causâ ibi sunt collocata. Contra quæ casu absunt, & temporis causâ aliò translata fuerunt, aut fraudulenter ab aliquo minuendæ obligationis causâ, continentur, etiamsi in loco assignato non sint *l. si ita legatum* 86. *ff. de leg.* 3. ibi: *Labeonis distinctionem valdè probo, qui scripsit, nec quod casu abesset, minus esse legatum: nec quod casu ibi sit, magis esse legatum. l. si fundus* 44. *ff. eod.* ibi: *Quæ ad tempus ibi sunt, non videntur legata. l. qui saltum* 67. *ff. eod.* ibi: *Sed de illis sensisse, quæ perpetuo ibi esse solent*, & in *l. pen.* §. 1.
2 *ff. de aur. & arg. leg.* ibi: *Quia illa verba, quod domi mea erit, sic accipi debere: esse solebat. l. ex facto* 35. §. *rerum ff. de hæred. inst.* ibi: *Quia non idcircò illò erat missus, ut ibi esset. l. debitor* 32. *ff. de pignor. l. in prædiis* §. 1. *ff. in quibus caus. pign. tac. contr. l. Seja* §. *Pamphila ff. de instruct. vel instrum. leg.* Nam si aliquid in loco sit casu, & temporis causâ, non ut ibi maneat ad ejus usum destinatum, perindè habetur, ac si ibi non esset *l. fundi* 17. §. *Labeo ff. de act. empt. l. si quis enim* 40. *ff. de relig. & sumpt. fun. l. id vestimentum* 25. *ff. de pecul. l. debitor* 32. *ff. de pignor.*

Atque hæc certa sunt, & explorata. Illud in controversiam vocatur, quæ res censeantur esse in aliquo loco perpetui usûs causâ, vel easu, & ad tempus accommodata. Pendet id à destinatione patrisfam. *l. cùm de lanionis.* §. *item. & l. fundi instrumento ff. de* 3
fund. instr. Sunt tamen quædam res, quæ ex sui natura censentur esse in loco ad tempus, & legato omnium rerum eo loci existentium non continentur, nisi probetur contraria voluntas testatoris; de quibus inter nostros est magna contentio. Hujus generis sunt calendarium, & nomina debitorum, pecunia numerata, res venales, & fructus ex prædio coacti.

Calendarium, & nomina debitorum non contineri legato rerum domi, vel in fundo existentium verius est *l. Gajus Sejus* 86. *in princ. ff. de leg.* 2. *l. uxorem* 41. §. *legaverat. l. quæsitum* 78. §. 1. & §. *peto l. prædiis* 91. *in princ. & in* §. 1. *l. si mihi Mævia* 92. *in princ. & in* §. 1. *ff. de legat.* 3. Etiamsi sig- 4
num aliquod universale fuerit adjectum, ut in *l. quæsitum* §. *Papinianus quoque ff. de instr. vel instrum. leg. l. uxorem* §. *legaverat ff. de legat.* 3. *l. Gajus Sejus* 86. *in princ. ff. de leg.* 2. *& in l. si mihi Mævia* §. *ult. ff. de legat.* 3. ubi legatæ erant domus, *nullo omninò excepto, cum omni instrumento, & repositis omnibus.* Vix excogitari possunt verba magis universalia, & tamen instrumenta debitorum in domibus legatis reperta non debentur.

Quod si in legato nominatim fuerit exceptum calendarium, non solum nomina debitorum, quæ ad calendarium pertinent, excepta intelliguntur: sed etiam pecuniæ calendario destinatæ: sicut legato calendario 5
legatæ videntur etiam pecuniæ calendario destinatæ *l. qui filium* 64. *ff. de leg.* 3. Sicut contrà, si nominatim legata sint prædia cum reliquis colonorum, neque debetur calendarium, neque pecuniæ à colonis exactæ, & in calendarium versæ *l. prædiis. in princ. ff. de legat.* 2.

Calendarium erat liber, seu codex fœnebris pecuniæ, in quo scribebantur nomina debitorum, quibus pecuniam mutuabantur, de quo in *l. ejus qui in Provincia. ff. de reb.*

cred. l. Lucius Titius 88. in princ. ff. de leg. 2. l. nepoti ff. de instr. vel instrum. leg. l. tutores §. negligentiæ ff. de admin. tut. l. Sticho libertas §. servus ff. de statulib. l. dominus. in princ. ff. de pecul. legat. l. uxori ff. de usu & usufr. legat. l. 3. C. de compensat. Dicebatur
6 autem calendarium, quòd Calendis Veteres fœnerari solebant, & Calendis usuras exigere, cùm in singulos menses usuras paciscerentur. Ovid. lib. 2. de remed. amor.

Qui Puteal, Janumque timet, celeresque Calendas;
Torqueat hunc æris mutua summa sui.

Horat. Od. 2. Epod.

Hæc ubi locutus fœnerator Alphius, &c.
Omnem relegit Idibus pecuniam,
Quærit Calendis ponere.

Quare Martialis lib. 8. ep. 44. calendarium dixit paginas Calendarum.

Superba densis arca palleat nummis:
Centum explicentur paginæ Calendarum.

Senec. de benefic. lib. 1. Nemo beneficia in calendario scribit.

Sed obstat text. in l. uxori meæ 37. ff. de usu, & usufr. leg. ubi proponitur hujusmodi legatum: uxori meæ usumfructum lego bonorum meorum. Respondit Scævola, deberi usumfructum prædiorum tàm rusticorum, quàm urbanorum, & mancipiorum, & supellectilis, itemque calendarii.

Facilis est, & expedita responsio. Non agitur hîc de legato ad certum locum restricto, sed de legato generali bonorum, sine ulla designatione, ac circumscriptione loci. Bonorum autem appellatio continet etiam
7 nomina debitorum, & calendarium l. bonorum. in fin. ff. de V. S. l. Princeps 21. ff. eod. Et ideò legato usufructu bonorum, etiam actiones legato continentur l. ult. ff. de usufr. leg. l. usufructu 69. ff. ad Leg. Falcid.

Secundò, obstat textus in l. quæsitum 78. §. prædia ff. de leg. 3. ibi: Prædia quidam reliquit adjectis his verbis: uti a me possessa sunt, & quæcumque ibi erunt, cùm moriar. Quæsitum est de mancipiis, quæ in his prædiis morata fuerunt, vel operis rustici causâ, vel alterius officii, cæterisque rebus, quæ ibi fuerunt in diem mortis, an ad legatarium pertinerent? Respondit, ea omnia, de quibus quæreretur, legata videri. Verba illa, cæterisque rebus, & ea omnia, videntur comprehendere etiam calendarium, & nomina debitorum. 8

Sed non ita sunt interpretanda. Primùm, quia non absolutè dixit cæteras res; sed cæteras res, quæ ibi fuerunt in diem mortis. Verba autem illa: quæ ibi fuerunt, restringunt antecedentia verba generalia, ita ut non possint comprehendere calendarium, & nomina debitorum, quæ etsi comprehendantur nomine rerum, & nomine bonorum, ut modò dicebamus; tamen non comprehenduntur appellatione rerum, quæ domi, vel in prædiis sunt, quia loci designatio, ac circumscriptio eas res excludit, ut suprà demonstratum est. Præterea, quia cùm suprà numeraverit J. C. mancipia, quæ in prædiis morata fuerunt operis rustici causâ, vel alterius officii, subdens deinceps, cæterisque rebus, quæ ibi fuerunt, satis evidenter demonstrat, se agere solum de rebus, quæ in prædiis fuerunt ad instruenda prædia, & ad usum prædiorum, vel patrisfam. non verò de rebus, quæ ibi casu, & ad tempus fuerunt. Nam verba, alii, cæteri, & similia, includunt & comprehendunt res ejusdem qualitatis, & naturæ, l. quidam relegatus ff. de reb. dub. Et cùm in hoc legato non comprehendantur omnia mancipia, sed ea tantum, quæ ad usum fundi, vel patrisfam. pertinent, multò minus continebuntur nomina debitorum, & calendarium. Continentur igitur cæteræ res, quæ ad instruendum fundum, vel patremfam. ibi fuerunt: sicut hujus generis mancipia continentur.

Tertiò, obstat multò difficilior text. in l. ult. ff. de pecul. ibi: Uni ex heredibus prædia legavit, ut instructa erant, cum servis, & cæteris rebus, & quicquid ibi esset. Servi do-

mini debitores fuerunt tàm ex aliis causis, quàm ex ratione calendarii. quæsitum est, an cæteris heredibus adversùs eum pecuniæ ab his debitæ actio de peculio competat? Respondit, non competere.

Respondetur, hoc legato non comprehendi calendarium, sed id, quod servi domino
9 debebant ratione calendarii. Neque id continetur propter illa verba generalia legati, *& quicquid ibi esset*: nam etsi legata essent prædia cum servis, tamen legatarius de peculio conveniri non posset ab hæredibus ratione ejus, quod servi dominis debebant *l. filiofam.* 54. *ff. de pecul.* Ratio est, quia cùm servi dominus sit hæres, cui servus prælegatus est, non autem alii cohæredes, non potest servus quicquam debere cohæredibus, qui neque domini sunt, nec ullam actionem habere possunt contra dominum servi, quia nec defunctus, cui servus debebat, ullam actionem habebat *l. & ancillarum §. sed ipsi ff. eod.* Potest quidem dominus de peculio deducere quod sibi debetur, quia id quod domino debetur, in peculio non est *l. depositi* 5. *in fin. ff. de pecul.* non tamen habet ullam actionem, cùm servus naturaliter tantùm obligetur *l. nec servus* 41. *ff. eod. l. naturales* 10. *ff. de oblig. & act.* Cùm igitur nullam actionem defunctus haberet ad consequendum id, quod sibi à servo debetur, nec potuit eam ad hæredes transmittere *l.* 1. *§. Scævola ff. si is qui testam. liber. esse juss. l. ult. C. de hæred. act. l.* 1. *C. si cert. petat.*
10 Planè cùm peculium ipsum legatur, possunt hæredes retinere id, quod servus domino debebat, non jure actionis, sed exceptionis *l. cui consequens* 18. *ff. de pecul.* quia id, quod domino debetur, peculium minuit, & legato non continetur *l. si peculium §. sicut autem ff. de pecul. legato.* Sed hîc peculium legatum non est *l. quæsitum §. Celsus scribit ff. de instruct. vel instrum. leg.* & ea solùm legato continentur ex peculio, quæ sunt ex prædiis legatis, & ad ea prædia pertinent, & in prædiis sunt, ut ibi sint *l. fundo legato §. fundo ff. de instr. vel instrum. leg.* Non autem nomina debitorum.

I I.

De pecuniâ numeratâ.

DE calendario, & nominibus debitorum res est confecta: non adeò est ad explicandum expedita quoad pecuniam numeratam. Distinguendum enim est inter pecuniam, quæ fœnerandi, vel expendendi causâ ibi habetur; eamque, quæ ibi est præsidii causâ.

De pecuniâ, quæ fœnerandi causâ est in aliquo loco Pomponius ait in *l. si fundus* 44. 11
ff. de leg. 3. *Si fundus legatus sit cum his, quæ ibi erunt: quæ ad tempus ibi sunt non videntur legata, & ideò pecuniæ, quæ fœnerandi causâ ibi fuerunt, non sunt legatæ.* Ubi observandum, quòd ratio, quâ movetur JC. ad statuendum pecuniam fœneratitiam non esse legatam, convenire etiam pecuniæ, quæ expendendi causâ ibi habetur.

De eâdem pecuniâ Proculus in *l. si ita legatum* 86. *ff. de legat.* 3. *Si ita legatum est, domum, quæque mea ibi erunt cùm moriar, nummos ad diem exactos à debitoribus, ut aliis nominibus collocarentur, non puto legatos esse: & Labeonis distinctionem valdè probo, qui scripsit, nec quod casu abesset, minus esse legatum, nec quod casu ibi sit, magis esse legatum.*

De pecuniâ in genere Paulus in *l. quæsitum* § 1. *ff. de leg.* 3. ubi cùm relictus esset fundus Sempronianus eum suis inhabitantibus, id est, familiâ, & quæ ibi erunt: respondit, nomina, & nummos non videri 12
deberi.

Et in *l. si mihi Mævia* 92. *§. his verbis ff. eod. His verbis domibus legatis: Fidei hæredum meorum committo, uti sinant eum habere domus meas, in quibus habito, nullo omninò excepto, cum omni instrumento, & repositis omnibus: non videri testatorem de pecuniâ numeratâ, aut instrumentis debitorum sensisse.* Ex quâ lege illud etiam docemur, quòd licèt legatum relictum sit verbis universalibus, cujusmodi sunt illa: *repositis omnibus, nullo*

omninò

omninò excepto: tamen pecuniam numeratam non comprehendit. Quod confirmat Scævola in *l. uxorem* 41. §. *legaverat ff. de leg.* 3. ubi verba legati, *quicquid in patria Gadibus possideo*, non continent pecuniam, quæ in arca Gadibus inventa est, vel ex diversis nominibus exacta, & ibi deposita.

De pecunia redacta ex venditione purpuræ, quod non contineatur legato tabernæ purpurariæ cum servis institoribus, & purpuris, Papinianus in *l. prædiis* §. *pater ff. de leg.* 3. licet nomine tabernæ contineantur
13 merces, & omnia quæ in taberna deprehenduntur *l. cùm tabernam* 34. *ff. de pignor.*

14 Contrà verò pecunia præsidii causâ seposita legato continetur. Tradita fuit hæc distinctio à Proculo, cujus auctoritate Celsus in *l. si chorus* 79. §. *his verbis ff. de leg.* 3. ait: *His verbis, quæ ibi mobilia mea erunt, do, lego: nummos ibi repositos, ut mutui darentur, non esse legatos Proculus ait: at eos quos præsidii causâ repositos habet, ut quidam bellis civilibus factitassent, eos legato contineri: & audisse se rusticos senes ita dicentes, pecuniam sine peculio fragilem esse: peculium appellantes, quod præsidii causâ seponeretur.*

Quæ sit pecunia præsidii causâ reposita, ac seposita, dubitant Interpretes nostri: & alii alia comminiscuntur. Ego indubitatum existimo eam esse, quam providus paterfam. ideò seponit, & condit, ne eam in quotidianos usus expendat, neve mutuetur ac fœ-
15 neretur: sed ut perpetuò ibi habeat, tamquam præsidium adversus fortuitos, & inopinatos casus; ut si casus aliquis improvisus obvenerit, promptam, paratamque pecuniam habeat in numerato, qua possit occurrere ingruenti calamitati, aut adversæ fortunæ resistere. Et ideò rectè dicebant rustici illi Veteres, pecuniam sine peculio fragilem esse, peculium appellantes, quod præsidii causâ seponeretur. Nam cùm facile possint fortuiti isti casus evenire: si quis sepositam non habeat pecuniam, qua possit impetum fortunæ adversantis eludere, aut calamitati succumbere cogetur, aut bona vendere, aut pecuniam mutuari, quo fiet, ut progressu temporis fœnore trucidetur. Hoc autem bellis civilibus maximè factitatum fuit: nam imminentibus gravissimis periculis, homines providi fiunt; & cùm nemo prænoscere posset, quis futurus esset rerum exitus, & undique turbulentissimas tempestates, & luctuosas calamitates impendere providerent, pecuniam seponebant, & condebant, ut si quis adversus casus incidisset, eâ possent vel se à factiosis civibus redimere, vel si Patria foret relinquenda, inde peterent vitæ subsidia. Hinc reposita, ac seposita præsidii causâ dicitur hujusmodi pecunia, quia tamquam thesaurus reponebatur, ut præsidio esset adversus subitos, & calamitosos eventus: quamobrem rectè thesauri similitudine utitur Labeo apud Javolenum in *l. si uxori. penult.* §. 1. *ff. de aur. & arg. leg.*
Peculium etiam dicebatur, quia quemadmo- 16
dum peculium est id, quod dominus seponit, ac separat à suis rationibus, & servo dat administrandum *l.* 5. §. *ult. ff. de pecul. l. per servum* 37. § 1. *ff. de acquir. rer. dom.* ita hæc pecunia rectè peculium dicitur, quia seposita est, & separata ab alia pecunia, & à rationibus domini, cùm neque expendendi, neque fœnerandi causâ habeatur: sed thesauri loco reposita, & certo in loco condita detineatur. Quibus expositis constat, cur ea contineatur in legato mobilium certo loco existentium, quia ibi habeatur ut perpetuò ibi sit, non temporis causâ. Quamvis enim occurrente aliquo casu inopinato, & urgente necessitate paterfam. eam sit expensurus; tamen hoc fortuitò accidet, & præter opinionem, & cùm primum poterit, aliam loco illius subrogabit. Neque enim ut aliquid perpetuò ibi esse dicatur, necesse est, ut numquam possit amoveri: nam & servi, & animalia perpetuò esse dicuntur in fundo, licet facilè intereant, & mobilia, licet usu consumantur. Hac igitur in re spectatur solummodò destinatio patrisfam. ut diximus, hoc est, an res destinatione patrisfam. ibi esse soleat. *l. si uxori.* §. *cùm ita ff. de aur. & arg. leg.* & quod casu abest, ibi esse videtur *l. si ita legatum ff. de leg.* 3. 17
l. ex facto 35. §. *rerum ff. de hared. inst.*

Sed his, quæ hactenus constituimus de

pecunia numerata, obstat primò text. in *l. si uxori pen. §. cùm ita ff. de aur. & arg. leg.*
18 ubi legato argento quod domi meæ erit, cùm moriar, debetur etiam argentum domi depositum: ergò in legato omnium rerum, quæ domi sunt, continebitur non solum pecunia, quæ ibi habetur præsidii causâ, ut ibi perpetuò sit, sed etiam alia quæcumque pecunia. Depositum enim quandocumque repeti potest à deponente, etiamsi convenerit ne intra certum tempus repetatur *l. 1. §. est autem & §. si deposuero ff. depos.*

Respondetur primùm, non eamdem esse rationem argenti, & pecuniæ numeratæ. Pecunia semper est alienationi parata, & in arcâ haberi solet ad expendendum, vel fœnerandum: argentum ibi habetur ad usum
19 patrisfam. & vendi quidem potest, non autem expendi in usus quotidianos. Itaque argentum, nisi fuerit venale, continetur legato rerum domi existentium. *l. Gajus Sejus 86. in princ. ff. de leg. 2.* Præsertim quia ibi non agitur de legato generali omnium rerum, quæ domi sunt, sed de legato argenti in specie.

Sed ut ad rem propius accedamus, & ejus legis explicationem aggrediamur: animadvertendum est ibi agi de argento commodato, & deposito, & de utroque quæri, an legato contineatur. Non tamen utrumque eodem modo accipiendum est. Nam argentum commodatum accipi debet, quod ab alio fuit testatori commodatum. Contrà argentum depositum, id quod à testatore fuit alibi depositum. Et ideo cùm de argento deposito loquitur J. C. adjecit illa verba, *quod depositum à se*, non posset intelligi de argento deposito apud testatorem, quæ verba omisit in argento commodato, ut intelligeremus ibi agi de argento, quod sibi commodatum testator reliquit.

Argentum igitur testatori commodatum legato non continetur, quia licet domi fuerit inventum, cùm testator mortuus est: tamen cùm casu ibi fuerit, nec esse soleret, non videtur domi fuisse: nam verba illa, *quod domi meæ erit*, sic accipi debent, *esse solebat. d. l. si uxori §. 1. in fin. l. si fundus* 44. *l. si ita legatum 86. ff. de leg. 3.* Et ideò 20
de argento commodato nulla fuit inter Ofilium, Cascellium, & Labeonem controversia: nam nec ea quæ pignori testator habebit, continentur *l. qui habebat 101. in princ. ff. de legat. 3.* Non possunt autem hæc intelligi de argento, quod testator alii commodaverat. Etenim de hoc non potuisset inter Labeonem, & alios convenire, cùm ratio, quam Labeo adducit, omninò repugnet: quoniam argentum alteri à testatore commodatum esse solebat in domo, & ideò debet legato comprehendi, sicut continetur pecunia alibi à testatore deposita præsentis custodiæ causâ *d. l. si uxori §. 1. ff. de aur. & arg. leg.* Repugnat etiam alia regula ab eodem Labeone tradita, quam refert J. C. in *l. si ita legatum 86. ff. de legat. 3.* videlicet legato contineri etiam id, quod casu abest. Quæ regula apud omnes Veteres Jurisconsultos 21
obtinuit *l. quæsitum 78. §. fin. ff. de leg. 3. l. ex facto 35. §. rerum ff. de hæred. inst. l. quæsitum. §. Papinianus quoque, & §. seq. ff. de instruct. vel instrum. leg.* & alibi passim.

Argentum verò alibi à testatore depositum legato continetur, si præsentis custodiæ causâ depositum fuerit, ut interim in tutiore loco esset *d. l. si uxori §. 1. ff. de aur. & arg. legato.* Quod enim casu abest, non minuit legatum, ut modò diximus. Et quod alio 22
translatum est ad tempus, ut postea in pristinum locum revertatur, abesse non videtur, & legato continetur *l. ex facto 35. §. rerum. vers. cæteroquin ff. de hæred. inst.* Quò pertinet text. in *l. cui quæ Romæ 84. ff. de leg. 3.* ibi: *Cui, quæ Romæ essent, legata sunt, ei etiam quæ custodiæ causâ in horreis extra Urbem reposita sunt, debentur.* Neque enim assentior iis, qui putant ibi agi de horreis, quæ sunt in continentibus Urbis Romæ: tùm quia generaliter id traditum de horreis extra Urbem, quare continentur etiam horrea, quæ 23
sunt extra continentia: tùm quia frustrà adjecta essent illa verba, *custodiæ causâ*: nam quæ sunt in continentibus Urbis Romæ, semper continentur legato rerum, quæ Romæ sunt. *l. 4. §. si ita legetur ff. de penu leg.* Sicut

igitur legatis his, quæ Romæ sunt, continentur ac debentur etiam quæ extra Urbem custodiæ causâ translata sunt: ita legato argento, quod domi erit, continetur, ac debetur etiam argentum, quod aliò præsentis custodiæ causâ translatum est, & ibi deposi-
24 tum. Ubi observandum, quòd hîc deponendi verbum non refertur ad contractum depositi, sed ad factum ponendi pecuniam tuto in loco custodiæ causâ, ut in *l. uxorem* 41. *§. legaverat ff. de legat.* 3. ibi: *An pecunia, quæ in arca domi Gadibus inventa esset, vel ex diversis nominibus exacta, & ibi deposita. l. numquam nuda* 31. *§.* 1. *ff. de acquir. rer. dom.*

Si verò argentum non ad tempus præsentis custodiæ causâ fuerit alibi collocatum, sed perpetuæ custodiæ causâ depositum; legato non continebitur, nec legatario debebitur *d. l. si uxori §.* 1. *ff. de aur. & arg. leg.* hoc enim argentum non potest videri domi esse, cùm aliò translatum sit, non temporis causâ, sed ut perpetuò alibi sit, ibi conditum quasi the-
25 saurus. Licèt enim verè thesaurus non sit is, cujus depositionis extat memoria *l. numquam nuda §.* 1. *ff. de acquir. rer. dom.* tamen & hæc pecunia condita custodiæ causâ thesaurus appellatur *l. peregrè. in princ. ff. de acquir. poss.* Et hæc est pecunia, quæ præsidii causâ reposita dicitur, & legato contineri in *l. si chorus ff. de leg.* 3. quia ibi esse videtur, ubi perpetuæ custodiæ causâ condita est *d. l. si uxori ff. de aur. & arg. leg.* Hæc autem paulò uberius, & accuratius exposuimus, ne quis in eorum sententiam eat, qui putarunt hanc legem emendandam fore.

Secundò obstat text. in *l. qui filium* 64. *ff. de leg.* 3. ubi legatis prædiis, & his, quæ ibi erunt, excepto calendario, sola ea pecunia excepta intelligitur, quæ calendario fuit à testa-
26 tore destinata. Ergò reliqua pecunia, quæ calendario destinata non est, debetur, & continetur legato rerum, quæ in prædiis sunt.

Respond. quòd cùm testator exceperit calendarium, hoc est, pecuniam fœnetatitiam, videtur voluisse legato comprehendere aliam pecuniam, quam non excepit. *Nam qui hac excepit, non potest non videri de cæteris rebus, quæ in ea essent, sensisse*; ut ait Neratius in *l. quæsitum. §. idem respondit* 43. *vers. denique Neratius ff. de instr. vel instrum. leg.* Constat enim testatorem, qui excipit ea, de quibus non poterat dubitari, quin etiam eo tacente fuissent excepta, nolle excipere ea, de quibus major est dubitatio: quoniam multò magis hæc excepisset, si noluisset legato comprehendi. Exceptio enim declarat mentem testatoris etiam quoad ea, quæ legato comprehenduntur *l. nam quod liquida* 4. *in fin. ff. de penu leg.* Sic etiam legatum universale, in quo testator nominatim voluit comprehendere etiam nomina debitorum, comprehendit etiam pecuniam numeratam *l. his verbis* 102. *ff. de leg.* 3. quia facilius com- 27
prehenditur pecunia, quàm nomina debitorum; & ideò qui voluit legare etiam nomina debitorum, & cautiones in lateralibus viatoriis conditas, multò magis voluit legare pecuniam. Præsertim quia lateralia viatoria, hoc est, capsulæ, seu sacculi, qui in itinere ephippiis utrimque ad latera alligantur, non multò plura possunt comprehendere. Itaque etsi quis legasset quicquid in arcula conditum est, non dubitarem legato pecuniam in arca conditam contineri, si in arca illa solebat testator pecuniam condere: quod absque controversia obtineret, si nominatim expressisset se legare etiam chirographa, & cautiones in arca conditas, ut in *d. l. his verbis ff. de leg.* 3.

Denique contrarius est text. in *l. prædia §. liberto ff. de instr. vel instrum. leg.* ubi pecunia continetur in legato per præceptionem, in quo testator liberto legaverat *fundum Ti-* 28
tianum, & agellum Semproniannm cum instrumento, & his quæ in eodem erunt, familiaque, quæ in eo fundo moratur, exceptis his, quos manumisero.

Rectè doctissimus Cujac. *ad Africanum* in *l. qui filium ff. de leg.* 3. ait, hoc Scævolæ responsum sine emendatione defendi non posse. Itaque legendum putat: *non contineri, nisi contrariam voluntatem libertus approbet.*

Aliqui existimant nummos in hoc legato contineri, propter illam exceptionem servorum, quos manumisisset. Ut enim diximus ad superius argumentum, cùm nemo dubi-

tare posset non comprehendi servos manumissos, & tamen testator eos nominatim exceperit, videtur alia omnia non excepta voluisse comprehendere: maximè ea, de quibus multò magis poterat dubitari. Verum enim verò cùm hæc exceptio solummodò respiciat familiam servorum, dubito an possit extendi ad pecuniam numeratam. Potest quidem efficere ut servi omnes comprehendantur,
29 etiam illi, qui aliàs non comprehenderentur: an autem possit efficere, ut comprehendatur pecunia numerata, quæ nihil attinet ad servos, & certò non comprehenderetur, valdè dubito. per text. in *l. generali §. uxori ff. de usufr. leg.* de quo infrà, & in *l. Seja. in princ. ff. de instr. vel instrum. leg.*

Si hæc cuiquam minus arrideant, defendi non poterit Scævolæ responsum, nisi aut dicamus, seu potius divinemus, ibi agi de nummis prosidii causæ repositis, qui legato continentur *l. si chorus* 79. *ff. de leg.* 3. aut potius de nummis ad usum familiæ destinatis. Cùm enim Veteres per servos prædia colerent, & in ea lege proponatur legata tota familia, utique pecuniâ opus erat ad fami-
30 liam illam exhibendam. Rectè Seneca *Epist.* 17. ait, ad pascendam servorum turbam transmarinatum regionum fuisse optandam fertilitatem. Quæ sanè non sunt improbabilia: nam quorsum pecuniam in prædiis habeat paterfam. nisi vel ut eam quasi thesaurum præsidii causâ deposuerit, atque condiderit, ut in *d. l. si chorus*, & in *l. si uxori §. 1. ff. de aur. & arg. leg.* vel ut eâ utatur tamquam fundi instrumento ad pascendos, & vestiendos servos, per quos opera rustica exercentur. Illud etiam tentari posset, nummos illos fuisse pretium vini venditi, quod testator exegerat: & sicut vinum legato continetur, ita & pretium ejus. Sed hoc vix poterit defendi propter auctoritatem text. in *l. prædiis §. pater ff. de leg.* 3. nisi dicamus testatorem ad alendam & exhibendam familiam urgente necessitate vinum vendidisse. Sed de hoc infrà, cùm de fructibus agemus.

III.

De rebus venalibus.

Res venales legato rerum in aliquo certo loco existentium non continentur *l. generali* 32. *§. uxori ff. de usu & usufr. leg.* ubi quis legavit uxori usumfructum domuum, & omnium quæ in his domibus erant, excepto argento. Respondit Scævola: neque argen- 31
tum, neque ea, quæ mercis causâ comparata sunt, legato contineri. Est autem animadvertendum, quod licet legatum sit universale omnium rerum, & addita sit exceptio argenti, nihilominùs hæc duo non efficiunt, ut merces legato contineantur. Quemadmodum non continentur, etiamsi in specie legatum sit ornamentum omne muliebre; quo legato non continetur argentum, quod testator negotiandi causâ venale habebat. Quod magis est, nam in hac lege legatum erat in specie ornamentum muliebre: legatum erat
universaliter omne ornamentum: nullus 32
certus locus erat assignatus, cujus circumscriptio legatum restringeret: & tamen non continetur ornamentum, quod negotiandi causâ testator venale solebat proponere.

Confirmatur per text. in ead. *l. generali §. idem quæsiit* 3. *de usufr. leg.* ibi: *Respondit, de his legandis, quæ venalia ibi essent, non sensisse testatorem.*

Idem traditum in *l. nam quod liquidè* 4. *§. item ff. de penu leg.* ibi: *Item si quis solitus fructus suos vendere, penum legaverit, non omnia, quæ & promercii causâ habuit, legasse videtur, sed ea sola, quæ in penum sibi separabat. Quòd si promiscuè uti solebat, tunc quantum ad annuum usum ei sufficeret, familiæque ejus, cæterorumque, qui circa eum sunt, legato cedet.*

In *l. cùm quæreretur* 60. *§. lana ff. de leg.* 3. *Cùm penus legata esset, & multas res, quæ penus essent, reliquisset, ex quibus paterfam. vendere solitus esset, &c. sed cùm probaretur eum, qui testamentum fecisset, partem penûs vendere solitum esse, constitutum esse,*

ut ex eo, quod ad annum opus esset, heredes legatario darent.

In *l. suos autem servos* 73. *§. eum qui ff. eod.* quidam legavit servos suos, qui venalitiariam vitam exercebat: hoc est, qui erat mango, nempè servorum mercator. Respondit Ulpianus: *Puto suorum numero non facilè contineri velle ejusmodi mancipia, nisi evidens voluntas fuit etiam de his sentientis: nam quos quis comparavit, ut illicò distraheret, mercis magis loco, quàm suorum habuisse credendus est.* Si non continentur legato servorum suorum, licèt verè, & propriè sint testatoris, multò minus continebuntur legato servorum alicubi existentium, in quo loci designatio, ac circumscriptio manifestè eos excludit, cùm casu, & ad tempus ibi sint.

Præter has leges manifesta ratio excludit res venales à legato rerum certo loco existentium. Nam testator, qui res illas vendere destinavit, certè in loco illo collocavit ad tempus, donec eas venderet, non verò ut
33 ibi perpetuò essent. Sunt enim omninò contrariæ hæ duæ voluntates, ac destinationes, quòd voluerit, ac destinaverit eas vendere, & simul voluerit, ac destinaverit eas ibi perpetuò habere; sed indubitatum est legato non contineri res, quas testator ad tempus ibi collocavit, non ut perpetuò ibi essent *l. ex facto* 35. *§. rerum ff. de hared. instit. l. debitor* 32. *ff de pign. & hypoth. l. si fundus* 44. *l. qui saltum* 67. *l. si ita legatum* 86. *ff. de leg.* 3. *l. cùm de lanionis §. Sabinus ff. de instr. vel instrum. leg. l. pen. §.* 1. *ff. de aur. & arg. leg.* Ergò & illud indubitatum est, res venales legato non contineri.

Hinc defendi non potest quorumdam sententia, existimantium legato quidem non contineri res venales, quæ mercimonii, & negotiationis causâ fuerunt à testatore comparatæ, ut illicò venderentur, ut videtur indicari in *l. suos autem* 73. *§. eum qui ff. de leg.* 3. & in *l. pediculis §. idem cùm quæreretur ff. de aur. & arg. leg. l. generali §. uxori. versic. quæsitum est ff. de usu, & usufr. leg.* contineri tamen res proprias ip-
34 sius testatoris, veluti fructus prædiorum, licet eos vendere destinaverit, quia hi neque promercii causâ habentur, neque sunt in numero mercium.

Etenim eadem ratio, quæ suadet non contineri legato rerum certo loco circumscriptarum res venales negotiationis causâ comparatas, suadet etiam non contineri alias res venales, quomodòcumque eas ad vendendum paterfam. destinaverit: quia neutræ in loco esse videntur, cùm ibi sint ad tempus, donec emptorem invenerint. Posset fortassè hoc discrimen aliquâ animadversione dignum esse in legato rerum suarum, de quo in *l. suos autem* 73. *§. eum qui ff. de leg.* 3. Nam testator videri potest magis in numero rerum suarum habere fructus, quos ex suis prædiis comparavit, licet eos vendere destinaverit, & alias res hujus generis, quàm eas, quas negotiationis causâ comparavit, ut distraheret. Cæterùm quando agitur de circumscriptione loci, & de destinatione patrisf. quoad certum locum, eadem est omninò omnium rerum venalium natura: omnes enim eodem modo sunt in loco; nempè ad tempus, donec vendantur. Et ideò generaliter Scævola tradidit in *l. generali § idem quæsiit ff. de usufr. leg. de his legandis quæ venalia ibi essent, non sensisse testatorem*, licèt ibi ageret de fructibus in fundo collectis. Et in *l. nam quod liquida* 4. *§.* 2. *ff. de pen. leg.* Paulus ait, eum, qui solitus esset fructus suos vendere, non videri eos legato voluisse comprehendere. Nec dissimile est quod traditur in *l. cùm quæreretur §. lana ff. de leg.* 3.

Neque verum est, quod assumitur, hasce res numero mercium non contineri, nec promercii causâ haberi, & ideò propriè venales non esse, etiamsi ad vendendum fuerint destinatæ. Sunt enim hæ quoque merces 35
l. ult. ff. de condict. tritic. ibi; *si merx aliqua petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum.* Et merx est omne quod venditur *l.* 1. *in princ. & in §.* 1. *vers. sed verior est ff. de contr. empt.* itaque mercis causâ habetur, quod vendendi causâ habetur *l.* 1. *in princ. ff. de rer. permut. l.* 1. *§. magistri ff. de exercit. action. & §. igitur* 12. *vers. sed & si certis. ibid. l. mercis*

66. *ff. de V. S.* Et hæ res mercis numero habentur *l. si ita fidejussorem 42. ff. de fidejuss. l. cùm quis in diem 22. ff. de oblig. & act. l. arbitrio 18. §. de eo ff. de dolo.* & passim. Item promercii causâ haberi dicuntur fructus, quos testator vendere solitus est *l. nam quod liquida 4. §. 2. ff. de pen. leg.* Et promercii causâ haberi dicuntur, quæ quis destinavit ad vendendum *l. 2. ff. ad leg. Jul. de vi publ. l. 3. §. item is cujus, ff. ad Leg. Corn. de sicar. l. cætera §. sed si quis ff. de leg. 1.* Paulus *lib. 5. sent. tit. 23. Qui hominem invitum libidinis, aut promercii causâ castraverit.* Item venales dicuntur fructus in prædiis à testatore collecti in *l. generali §. idem quæsiit ff. de usufr. leg. l. 1. C. de V. S.* Et in legatis in quibus venalia non continentur, neque continentur hujusmodi fructus, ut in legato pecoris *d. l. 4. §. 4. ff. de pen. leg. junctâ l. cùm quæreretur §. lana ff. de leg. 3.* & in legato fundi instructi *l. 1. C. de V. S. junctâ l. quæsitum §. sed si fundus. vers. hoc ergo legato. & l. si ita. in princ. & l. si mancipia. in fin. ff. de instruct. vel instrum. leg.*

Nec ad rem facit, quòd in laudatis legibus proponantur exempla mercatorum, qui negotiandi causâ merces venales habent. Nam hoc factum est à veteribus Jurisconsultis exempli causâ, quia id in mercatoribus multò frequentius accidit, ut notat Paulus in *l. nam quod liquida 4. §. 2. in fin. ff. de pen. leg.* ubi proposito generaliter casu ejus, qui fructus vendere solebat, postquam statuit hos fructus, aliasque res venales non comprehendi legato, subdit: *quod ferè, inquit Sabinus, evenit in personis mercatorum.* Maximè quia in *l. suos autem 73. §. eum qui ff.*
36 *de leg. 3.* agitur de servis, qui venales haberi non solent, nisi à mangonibus, qui eos mercantur, ut vendant. Nam servi mercis appellatione non continentur, & mangones non mercatores, sed venaliciarii vocantur *l. mercis 207. ff. de V. S. l. 1. §. 1. ff. de tribut. act.* Et in *l. pediculis §. idem cùm quæreretur ff. de aur. & arg. leg.* agitur de muliere negotiatrice, quia ejusmodi factum Paulo propositum fuit decidendum. Est enim illud responsum Pauli ad factum propositum. Quin etiam legatus erat mundus muliebris, qui apud mulieres non solet esse venalis, nisi apud mulierem negotiatricem.

Unica igitur superest hujus sententiæ exceptio, quæ proponitur in *l. quæsitum §. idem respondit 43. vers. sed & ipse Papinianus ff. de instr. vel instrum. leg.* ibi: *Sed & ipse Papinianus eodem libro Responsorum ait, patrem mercatorem ac fœneratorem, qui duos* 37
filios, totidemque filias hæredes instituerat, ita legasse: filiis maribus domum meam instructam do, lego, darique jubeo: merces, & pignora an contineantur quæri posse? Sed facilem Judici voluntatis conjecturam fore, cæteris patris facultatibus examinatis. Sed in hac specie multa concurrunt, quî fiat hæc conjectura. Instituti hæredes erant filii tàm mares, quàm fœminæ. Testator voluit prælegato distinguere mares à fœminis, ut par est, si magnæ sint testatoris facultates, & præ illis tenue legatum, verisimile est, testatorem, qui præ filiabus voluit honorare filios, voluisse etiam legatum quam pinguissimum relinquere. Testator erat mercator, ac fœnerator, ac propterea verisimile est hoc casu voluisse comprehendere etiam merces, & pignora pecuniæ creditæ: mercatorum enim patrimonium ferè consistit in mercibus, & mercatores considerant merces non aliter, ac alia bona. Ex quibus constat, quàm absurda sit eorum sententia, qui putant merces in legato non contineri solummodò, quando testator erat mercator, quam modo confutavimus. Imò verò ex eo, quòd testator esset mercator, ac fœnerator, Papinianus conjecturam ducit, posse merces, & pignora contineri. Neque enim sine causa utrumque expressit: sed mercatorem dixit esse, ut facilius conjicere possimus, eum voluisse comprehendere etiam merces: dixit esse fœneratorem, ut facilius argui possit, voluisse comprehendere etiam pignora.

Potest addi & alia exceptio: si legata sint ea, quæ tabernæ exercendæ, instruendæve causâ parata; nam tunc legato merces continentur *l. si ita 15. in princ. ff. de instr. vel* 38
instrum. leg.

IV.

Superest, ut de fructibus videamus. Fructus ex fundo legato percepti, & in eo coacti, an contineantur legato rerum in fundo existentium, inter doctissimos Homines est magna dissensio. In hac quaestione petenda distinctio est à destinatione patrisfam. quae plurimum est attendenda in hujusmodi
39 modi legatis *l. cùm de lanionis §. item. versf. optimum. l. fundi instrumento ff. de instr. vel instrum. leg.* si paterfam. hos fructus ad usum suum familiaeque destinavit, legato continentur: si verò eos destinavit ad vendendum, legato non continentur.

Probatur id primò, quia res venales, legato non continentur, ut luculenter in §. superiore demonstravimus. Sed fructus destinati ad vendendum, sunt res venales, licet
40 ex ipso fundo percepti fuerint *l. generali. §. idem quaesiit 3. ff. de usufr. leg.* ubi licet agat de sale nato, ac percepto in salinis testatoris, tamen ipsum recenset inter venalia, ibi: *Respondit, de his legandis, quae venalia ibi essent, non sensisse testatorem.* Et in *l. 1. C. de V. S.* ibi: *Quamvis ex fructibus vinum, & oleum in eodem fundo habuit: tamen si id venale fuit, legato non cedere Juris Auctoribus placuit.* Sed hoc uberius probavimus in *§. superiore. versic. Neque verum est.*

Secundò, quia quoad hujusmodi legata comparantur fructus praedii venales rebus in praedium translatis ad tempus custodiae causâ *l. 1. C. de V. S.* Sed res existentes in praedio ad tempus custodiae causâ non continentur legato omnium rerum in praedio, vel fundo existentium *l. si ita legatum 86. ff. de leg. 3. l. si fundus 44. ff. eod. l. qui saltum 67. ff. eod. l. pen. §. 1. ff. de aur. & arg. leg. l. ex facto 35. §. rerum ff. de hared. instit.* & aliae initio relatae.

Tertiò, quia ea, quae ad vendendum sunt destinata, perindè habentur, ac si vendita fuissent, quoad hujusmodi legata: quemadmodum pecunia calendario destinata continetur legato calendarii, & contrà, excepto calendario, censetur excepta etiam pecunia calendario destinata *l. qui filium 64. ff. de* 41
leg. 3. Eadem igitur ratione legato rerum in fundo existentium, non continentur fructus venditioni destinati, quemadmodùm non continerentur, si jam venditi fuissent. Destinatio patrisfam. quae efficit, ùt calendario adscribantur pecuniae, quae non sunt calendarii, efficit etiam ut rebus venditis adscribantur res, quae nondum venditae sunt.

Quartò, quia comparatur legatum fundi cum his, quae ibi sunt, legato fundi cum instrumento *l. ex facto §. rerum. versic. ut est apud Mucium ff. de hared. instit.* & in neutro legato contineri ea, quae agro illi non essent destinata, ex Mucii sententia tradit Ulpia- 42
nus. Undè duplex deduci potest argumentum. Primum, quod cùm legato contineantur solummodò ea, quae fundo sunt destinata: & fructus destinati ad vendendum non sint destinati fundo, utique fructus ad vendendum destinati legato non continentur. Alterum, quod comparantur haec duo legata: fundi instructi, & fundi cum rebus quae ibi sunt: sed legato fundi instructi, vel fundi cum instrumento, non continentur fructus praediorum ibi repositi, ut vendantur, vel ut in alium usum, quàm fundi convertantur *l. 1. C. de V. S. l. quaesitum* 43
§. sed si fundus 27. versf. hoc ergò legato. l. si ita. in princ. l. si mancipia. in fin. ff. de instr. vel instrum. leg. l. si mihi §. fin. & l. si ita 86. ff. de leg. 3. Et solum debetur frumentum, quod necessarium est ad exhibitionem mancipiorum, per quae agri coluntur, & ad serendos agros, etiamsi legatus sit fundus ita ut optimus, maximusque est, cum omni instrumento rustico, & urbano *l. cùm de lanionis §. item cùm fundus 9. ff. de instr. vel instr. leg.*

Quintò, quia fructus venales non differunt ab aliis rebus venalibus; nec ulla ratio est, cur hoc legatum debeat comprehendere fructus venales, cùm alias res venales non comprehendat: etenim omnibus legatis, quibus non continentur res venales, nec continentur fructus venales, seu destinati ad vendendum. Legatum penûs non continet res venales *l. cùm quaereretur §. lana ff. de*

leg. 3. *l. qui penum* 3. §. *ligna ff. de penu leg.* ibi : *Sed Rutilius ligna, & carbones, quæ non vendendi causâ parata sunt, contineri ait.* Idem legatum nec continet fructus, quos testator vendere solitus erat *l. nam quod liquidæ* §. 1. *ff. eod.* ibi : *Item si quis solitus fructus suos vendere, penum legaverit, non omnia, quæ & promercii causâ habuit, legasse videtur.* Legatum fundi instructi non continet res venales *l. quæsitum* §. *instructo autem fundo* 34. *ff. de instruct. vel instrum. leg.* Idem legatum nec continet fructus venales *l.* 1. *C. de V. S. d. l. quæsitum* §. *Celsus* 30. *ff. de instr. vel instrum. leg.*

Sextò, probatur ex *l. generali* §. *uxori ff. de usufr. leg.* ubi legatus erat usufructus domuum, & omnium rerum, quæ in his domibus erant, excepto argento : item usufructus fundorum, & salinarum. Etiam legatum fundorum, & salinarum videtur comprehendere omnes res, quæ in his essent : *ad text.* in *l. Seja* §. *Gajo Sejo ff. de fund. instr.*
45 maximè propter illam particulam *item*, quæ vim habet repetendi *l. in repetendis ff. de leg.* 3. Quæsitum est, cùm non minimus salis modus inventus esset, an ejus usufructus ad legatarium pertineret. Respondit Scævola : *De his legandis, quæ venalia ibi essent, non sensisse testatorem.* Sal erat fructus salinarum, sed quia ex quantitate apparebat fuisse destinatum ad vendendum, legato non continetur. Et constat præterea ex hac lege eamdem esse rationem fructuum, & aliarum rerum venalium : cùm enim in hac lege agatur de fructibus fundi, tamen generaliter Scævola respondet de rebus venalibus ; quo evidenter demonstrat idem esse judicium de fructibus, & de aliis rebus venalibus, ut in superiore argumento dicebamus.

Neque ad rem facit, quod doctissimus Faber animadvertit *lib.* 1. *conject. cap.* 6. ibi legatum fuisse usumfructum, non proprietatem ; atque idcircò non videri testatorem de rebus venalibus cogitasse. Hoc enim nulla ratione suffultum est ; quia post Senatusconsultum nulla res est, quæ non cedat in ususfructûs legatum, ut ait J. C. in *l. usufructu bonorum* 69. *ff. ad Leg. Falcid.* Et ideò legato usufructu bonorum, legato continentur, non solùm prædia tàm rustica, quàm urbana, & mancipia, & supellex, sed etiam calendarium, & nomina debitorum, imò & fœnus sortium, quas defunctus collocavit *l. uxori fructu* 24. *l. uxori meæ* 37. *ff. de* 46
usu, & usufr. leg. adeoque multò magis comprehendit res venales. Igitur natura ususfructûs non restringit legatum, nec minus latè patet legatum ususfructûs, quàm legatum proprietatis, atque omnia eadem complectitur *d. l. usufructu bonorum ff. ad Leg. Falcid.* Alia ergò ratio quærenda est, cur in eo legato sal non comprehendatur. Ea autem est communis tàm legato proprietatis, quàm legato ususfructûs, & indicatur à Scævola illis verbis : *Respondit, de his legandis, quæ venalia ibi essent, non sensisse testatorem.* Sicut enim venalia non continentur, legatâ proprietate rerum alicubi existentium ; ita nec continentur legato usufructu. Et ratio eadem est in utroque legato, quia non videtur ibi esse, quod ad tempus, & custodiæ causâ est accomodatum, ut aliò transferatur : quæ ratio suprà est exposita luculentius, & pertinet tam ad legatum ususfructûs, quàm ad legatum proprietatis.

Minus ad rem facit, quod quidam commenti sunt, id Scævolam respondisse specialiter de sale, quia sal à salinis extrahitur, quæ publicæ sunt *l. inter publica* 17. *in fin. ff. de V. S. l. si quis sine* 11. *C. de vectigal.* 47
Falsum enim omninò est ibi agi de salinis publicis : nam si publicæ fuissent illæ salinæ, fuisset inutile legatum *l. cùm servus* 39. §. *si verò Sallustianos, & seqq. ff. de leg.* 1. §. *non solum Instit. tit. de legat.* Agitur ergò ibi de salinis privatis, quæ erant in prædiis testatoris : hæ autem omninò erant privatæ *l. forma* § *salinæ ff. de censib. l. magis puto* §. 1. *ff. de reb. eor.* ut rectè notat Cujac. ad eam legem.

Postremo denique confirmatur ex *l. prædia* §. *affini suo ff. de instruct. vel instrum. leg.* ubi quidam affini suo ita legavit : *Fundum Cornelianum, ita ut est instructus, cum omnibus rebus, & mancipiis, & reliquis colonorum dari*

48 *dari volo. Quæsitum est, an fructus ejusdem fundi, qui ibi in diem mortis coacti manserint, fideicommisso cedant, cùm plenissima testantis erga affinem voluntas ab eo quoque manifestetur, quòd reliqua colonorum ejusdem possessionis ad eum pertinere voluerit? Respondit, in hujusmodi scriptura posse responderi, hoc solum quærendum, an manifestè appareat defunctum id, de quo quæreretur, dari voluisse.* Nihil clarius: etiamsi constet de plenissima voluntate testatoris erga affinem suum, tamen fructus coacti non continentur legato, nisi manifestè appareat eos quoque testatorem dare voluisse.

Non ignoro in Pandectis Florentinis legi: *dari noluisse.* Sed cùm vulgata lectio sit consentanea his, quæ suprà sunt à nobis demonstrata, non est cur eam repudiare de-
49 beamus. Nam, ut ait *Goedd. de V. S. Ubi nulla absurditas, nulla lectionum contrarietas, & pugna quæ discordiam sententiarum gigneret, nulla iniquitas est, adeo studiosè inhærere non est opus, quin potius à Florentina lectione quandoque recedere melius, & æquius sit.* Quem laudat, & probat *Brunneman. de concursu action. cap. 3. §. 9.* & multos alios allegat. Sic etiam in *l. qui servum 34. in fin. ff. de obl. & act.* aut deest in Pandectis Flor. negatio in verbo *remanere:* aut abundat in verbis *locum non habet;* aliàs vix defendi potest ea lectio. Et in eadem lege rectius legitur *tutius*, ut in vulgatis, quàm *totius*, ut in Florentinis. Sed admissa etiam lectione Florentinâ, cui certè plurimum fatemur esse deferendum, tamen id, quod volumus, non obscurè demonstratur. Nam Scævolæ dubitationem, ac scrupulum injecit plenissima voluntas testantis erga affinem suum, quam ex eo conjectat, quod etiam reliqua colonorum ejus possessionis ad affinem pertinere voluerit. Hinc ab eo res in controversiam deducta, quia qui voluit id quod plus est,
50 multò magis voluit id, quod minus est. Cæterùm si non expressisset reliqua colonorum, res nullam dubitationem habuisset.

His probè constitutis, dubitari non potest, fructus venales non contineri legato rerum, seu legato omnium rerum aliquo in loco existentium, eamdemque esse naturam fructuum, & aliarum rerum venalium. Sed obstat difficillimus textus in *l. prædia §. liberto ff. de instr. vel instrum. leg.* ubi legato 51
fundo Titiano, & agello Semproniano cum instrumento, & his, quæ in eodem erunt tempore mortis, continetur hoc legato etiam aliquantum vini, quod testator in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat.

Non immeritò doctissimus Cujacius hanc legem sine emendatione explicari non posse statuit: & Accursius noster, & Bartolus, & alii putant in dubio præsumendam esse contrariam voluntatem testatoris. Sed cùm hæc repugnent verbis legis, alia via tentanda est. Primùm igitur animadvertendum est, quòd vinum in doliis remanens, aut non erat venditum, aut venditum erat urgente aliquâ necessitate, ut puta, ne acesceret. Nam si testator post factum legatum volens vinum vendidisset, etiamsi legato contineretur, & testator, cùm legavit, eâ mente fuisset, ut vinum quoque comprehenderet, tamen per voluntariam venditionem præsumeretur mutata voluntas, & ademptum legatum *l. legatum 14. §. ult. ff. de adim. leg. l. si ex toto 8. in princ. ff. de leg. 1. l. 1. §.* 52
ult. l. si cui fundum 5. ff. de instr. vel. inst. leg. Nec potest defendi, quod statuit Anton. Fab. *lib. 1. conj. cap. 6.* ideò legatum non esse extinctum quoad vinum, quod in doliis remanserat, quia nondum traditum erat. Neque enim traditio legatum extinguit, & adimit; sed mutatio voluntatis, quæ arguitur ex voluntaria alienatione. Quamobrem etiamsi alienatio fuerit inutilis, & sine effectu, tamen legatum ademptum intelligitur propter præsumptam mutationem voluntatis *d. l. legatum 14. in fin. ff. de adim. leg. l. 3. §. ult. ff. de instr. vel instrum. leg.* Imò etiam si dilata sit venditio in tempus, quo commodè fieri possit, tamen sola destinatio ad vendendum adimit legatum *l. tabernam ff. eod.* Puto igitur testatorem ibi totum vinum vendidisse, excepto eo, quod in doliis remanserat, quod ad usum familiæ servabat.

Præterea animadvertendum est, quod idem Scævola, qui est auctor hujus legis, est etiam auctor legis *generali §. idem quæsiit ff. de usu & usufr. leg.* quam suprà exposuimus. Quapropter hæ duæ leges non possunt esse contrariæ. Expendendum est igitur, quodnam sit in facto discrimen. In illa, *non minimus salis modus* inventus erat: in hac, *aliquantùm vini* in doliis remanserat. Non temerè, ac sine causa hæc expressit Scævola, qui in factis referendis, & accuratè perpendendis fuit omnium diligentissimus, ut omnes norunt. In illa dixit inventum fuisse *non minimum salis modum*, ut ostenderet illum non esse destinatum ad usum familiæ, sed ad vendendum; in hac expressit *aliquantùm vini* in doliis remansisse, ut ostenderet non plus remansisse, quàm ad usum familiæ esset necessarium.

Denique animadvertendum, quòd non temerè proponit Scævola, vinum illud in doliis habuisse testatorem, & in doliis remansisse. Vinum enim cùm vendebatur, in amphoras, & cados diffundebatur: in doliis
53 verò ad perpetuum usum servabatur *l. vino legato* 14. *junctâ l.* 3. *§ si vinum ff. de trit. vin. & ol. leg. l. penult. ff. eod.* Plin. *lib.* 14. *cap.* 13. *Invenimus inter exempla, Egnatii Necennii uxorem, quòd vinum bibisset è dolio, interfectam fuisse à marito, eumque cadis à Romulo absolutum.* Cic. *in Bruto. Ut si quis Falerno vino delectetur, sed eo nec ita novo, ut proximis Consulibus natum velit; nec rursus ita vetere, ut Opimium, aut Anicium Consulem quærat. Atqui ea nota sunt optima: credo: sed nimia vetustas nec habet eam, quam quærimus, suavitatem, nec est jam sane tolerabilis. Num igitur, qui hoc sentiat, si is potare velit, de dolio sibi hauriendum putet? minimè: sed quamdam sequatur ætatem.* Ex hoc, & ex simili Plutarchi loco (his enim, & aliis supersedeo, ne longior sim) constat, vinum novum in dolia diffusum ut conservaretur, & senesceret. In nostra autem lege modicum vini servaverat testator ad usum familiæ: neque enim credibile est Veteres servis, quorum operâ ad colendos agros utebantur, vinum vetus potandum dedisse.

His animadversis constat, ibi agi de vino ad usum familiæ destinato, quod utique
continetur legato fundi instructi *l. quæsitum* 54
§. proindè 18. *versic. vina quoque ff. de instr. vel instrum. leg.* Itaque superius argumentum aut nimis probat; aut nihil probat. Si agit de vino vendito, probat legato contineri etiam vinum jam venditum, quod falsum est, & nemo sanus dixerit. Si agitur de modico vino destinato ad usum familiæ, vel patris fam. nihil probat, quia hoc non fuit destinatum ad vendendum, & ideò ad quæstionem nostram non pertinet.

Illud animadvertere operæ pretium est, quòd licèt olim, cùm ad agrorum culturam servis utebantur, quos alere debebant, hujusmodi legatis continerentur fructus ad exhibitionem servorum necessarii *d.l. quæsitum, & l. cùm de lanionis §. item cum* 9. *ff. de instr. vel instrum. leg.* tamen hoc tempore, quo utimur colonis partiariis, non continerentur illi fructus, quos illis solemus subministrare, quia hos ipsis vendimus, aut mutuamur, aut cum aliis permutamus.

Postremò, contra hanc sententiam opponebat quidam Judex, quòd legatum fundi cum iis quæ ibi sunt, magis latè pateat, quàm legatum fundi instructi, & allegabat textum in *l. si chorus §. his verbis ff. de leg.*
3. Hinc arguebat, quòd si legato fundi ins- 55
tructi non continentur fructus venales, continentur legato fundi cum omnibus, quæ ibi sunt.

Insulsum sanè argumentum: nam probandum esset latiùs patere quoad comprehendendas res venales. Nam hoc argumento probari posset, hoc legato contineri etiam pecuniam, & instrumenta, contra text. in *l. quæsitum §. Papinianus quoque ff. de instruct.* quia hæc non continentur legato domûs cum instrumento *l. si mihi Mævia. in fin. ff. de leg.* 3. & alia prorsùs absurda concluderentur.

CAPUT XXIX.

AD L. LUCIUS TITIUS 78. *ff. tres hæredes* 2. *ff. ad Senatusc. Trebell.*

SUMMARIUM.

1 *Quid differat an molestia prohibeantur per modum conditionis, an pœna nomine.*
2 *In conditionibus merum factum spectatur.*
3 *Proponitur communis distinctio inter molestias justas, & injustas, & reprobatur.*
4 *Per servum hæreditas acquiritur domino ne momento quidem remanens penes servum.*
5 *Legata in testamento ob meritum relinquuntur.*
6. *Qui recusat onus injunctum à testatore, indignus est ejus beneficio.*
7 *Tutor, qui se excusat à tutelâ, etiam justâ de causa legatum amittit.*
8 *Pœna non habet locum sine delicto.*
9 *Dolo facit, qui petit contra præceptum testatoris. & n. 10.*
11 *Deficiente conditione non datur actio: & ideò cessat exceptio doli.*
12 *Testator, & contrahentes etiam facto per se honesto & licito possunt pœnam imponere: & quare. & n. 15.*
13 *Et possunt imponere petenti quod sibi debetur, & jus suum persequenti.*
14 *Ratio affertur. Nemo gravari potest ultra id quod accepit.*
16 *Differentia inter pœnas legis, & pœnas testatoris, vel contrahentium.*
17 *Pœna conventionalis aliquando confirmat actus invalidos.*
18 *Molestari, & inquietari dicuntur debitores, etiamsi verè sint debitores.*
19 *Præceptum turpe, vel impossibile impunè non servatur. Exceptiones regula suprà tradita.*

SEmper in dies invalescit consuetudo apponendi testamentis præceptum non inferendi molestiam alicui, & allatis molestiis privandi hereditate, vel legato eum, qui non paruit præcepto testatoris. Hujus præcepti exemplum proponit Scævola in *l. Lucius Titius* §. *tres hæredes ff. ad S. C. Trebell.*

1 Rectè distinguunt DD. an hujusmodi præceptum testator apponat per conditionem, an pœnæ nomine: hoc est, an hæredem instituat sub conditione, *si molestiam non intulerit*: an verò hæredem instituat purè, eumque privet hæreditate, *si alicui molestiam exhibuerit*, & eum inquietaverit. Si sub hac conditione quis fuerit institutus, utique conditioni parere debet, & non consequitur hæreditatem, vel legatum, si quocumque genere molestiæ illum inquietaverit. Etenim in con- 2
ditionibus nudum factum spectatur, etiamsi nullam vim habeat *l. Mævius* 55. *ff. de condit. & demonstr. l. mulier.* §. 1. 2. *ff. de condit. instit. l. servum testamento ff. de man. testam. l. Stichus* 24. *& l. penult.* §. 1. *ff. de statu lib.*

Quòd si heres purè fuerit institutus, & privetur hereditate, *si alicui negotium fecerit*, solent distinguere inter molestias justas, & injustas. Si per calumniam, malitiamque he- 3
res vexaverit eum, quem inquietare prohibebatur, putant eum hereditate privandum. Si verò justè ei litem intenderit, non posse privari hereditate, cùm pœnam non incurrat, qui jure suo utitur. Hanc distinctionem probare non possum, si generaliter, & in universum quis prohibeatur alicui negotium facere, molestiam creare, controversiam movere, ipsum inquietare: maximè si, ut hodiè fieri solet, tàm juris, quàm facti molestiæ prohibeantur. Moveor auctoritate Scævolæ in *l. Lucius Titius* §. *tres heredes ff. ad S. C. Trebell.* ubi cùm fuisset interdictum Sejo, ne quam Sticho moveret controversiam; & si quam controversiam movisset, uncia hereditatis relicta Sticho ad Mævium reverteretur: respondit Scævola, quòd si Sejus aliquam controversiam de uncia hæreditatis facere velit Sticho, ea uncia ad Mævium revertitur. Animadvertendum est in hac lege primùm, quòd Scævola non exigit injustam controversiam, sed sufficit aliqua controversia: nec requirit ut eum lite, aut longâ frustratione vexet, sed sufficit si controversiam facere velit. Præthereà, quòd controversia, quam Sejus Sticho facere volebat, justa erat, & rationem habebat. Etenim Sejus non tenebatur restituere unciam illam Sticho manumisso: neque de hoc rogatus erat à testatore, ut respondit Scævola, ibi: *respondit, non proponi Sejum rogatum unciam ei restitue-*

re. Cùm igitur servus acquirat hereditatem domino, adeò ut ne momento quidem maneat penès servum *l. placet 79. ff. de acquir. hered.* & Sejus dominus non esset rogatus hereditatem restituere servo manumisso, justè
4 dominus ei controversiam faciebat de hac uncia hereditatis. Et tamen quia prohibuit testator, ne quam controversiam Sticho moveret, amittit hanc unciam, eaque ad Mævium revertitur.

Moveor etiam evidenti ratione. Quamvis enim molestia, & controversia ipsa per se justa sit, & licita: tamen hoc ipso illicita est, & injusta, quòd est contra præceptum testatoris,
5 & pœnam privationis meretur heres, aut legatarius, quòd contempsit præceptum testatoris. Quæ in testamentis relinquuntur, ob meritum relinquuntur *l. nec adjecit ff. pro soc.* Cessat hoc meritum quoties ille, qui à testatore beneficio fuit affectus, ipse parere detrectat. Meritò igitur repellitur ab eo, quod
6 petit, vel privatur eo, quod consecutus est ex testamento, cùm recuset onus, quod testator imposuit *l. Nesennius. versic. rectè ergò ff. de excusat. tut.* Meritò testator eum indignum sua liberalitate judicavit, cùm eum ad insolentiam erexerit ipsa liberalitas, quæ illum ad obsequium inclinare debebat *l. 1. versic. nam qui obsequiis C. de revoc. donat.* An non potest testator rei suæ quamcumque voluerit legem dicere, & pro arbitrio suo disponere? *l. verbis legis ff. de V. S. Authent. de nupt. cap. 2. l. vel negare ff. testam. quemad. aperiant.* Quid autem justius, quàm privare suâ liberalitate, ac munificentiâ eum, qui nec obediens, & contumax est, & contemnit præceptum ejus cujus liberalitate fruitur? Quid injustius, quàm lucrum quidem amplecti, onus autem annexum contemnere? *l. un. §. pro secundo in fin. C. de caduc. toll.* sentire commodum, & incommodum recusare? *l. secundum naturam ff de Reg. Jur. c. qui sentit 55. de Reg. Jur. in 6.* Æquissimum igitur est eum aut totum amplecti, aut à toto recedere *l. cùm quæritur ff. de admin. tutor.* eique auferri quod relictum est, si non impleat quod præceptum est, *Authent. de hered. & Falcid. cap. 1. §. 1. & 2.*

Confirmatur exemplo tutelæ. Si tutor datus in testamento, idemque legato honoratus, velit quidem legatum, recuset autem suscipere tutelam, legatum amittit, etiamsi habeat justam causam se excusandi à tutela. Fa- 7
cit enim contra judicium testatoris, qui non præsumitur ei dare velle legatum, qui tutelam non administrat, nisi contrarium evidenter expresserit *l. Nesennius. cum duabus seqq. ff. de excusat. tut.* Quantò magis igitur repellendus est à legato, vel hereditate is, quem testator expressè repulit recusantem implere onus injunctum, etiamsi justam habeat causam ejus recusandi?

Doctores, qui contrà sentiunt, in errorem induxit, quòd pœnam à testatoribus, vel etiam à contrahentibus injunctam puta- 8
runt metiendam esse ad normam pœnæ, quæ à legibus infligitur. Quemadmodùm enim pœna legis sine delicto non infligitur *l. sancimus C. de pœn.* ita crediderunt pœnam testamentariam locum habere non posse, nisi probetur dolus, malus animus, & calumnia controversiam facientis.

Sed utrumque falsum est. Primùm, quòd dolo careat ille, qui controversiam movet contra voluntatem testatoris, etiamsi controversia justa sit. Nam qui à testatore dam- 9
natus est non petere à debitore suo, dolo facit si petat. *l. dolo facit 8. ff de dol. mal. & met. except. l. apud Celsum. 4. §. præterea. ff eod* ibi: *Heres, qui non habet voluntatem defuncti, per exceptionem doli repellitur: l. ult. §. avus ff. eod.* ibi: *Quæsitum est, an contra voluntatem defuncti facere videatur, & doli mali exceptione submoveatur.* Et *in ead. l. ult. in fin. ff. eod.* ibi: *Respondit, eam contra voluntatem petere, & ideo exceptionem doli obstaturam.* Hoc enim ipso delinquit, quòd non paret voluntati testatoris: & hujusmodi contumacia pœnam hanc meretur, 10
ut repellatur ab eo, quod ipsi fuit à testatore relictum *l. ult. §. ult ff. de doli mal. except.* in qua animadvertendum est, quòd legato privatur heres non eâ de causa, quòd con-

ditio illa, *si parem rationem fecerit cum cohæredibus*, adjecta institutioni, repetita censeatur in legato: nam si legatum esset conditionale, ipso jure non deberetur; cùm defecerit conditio, & ideò non esset confugien-
11 dum ad doli exceptionem. Deficiente enim conditione non datur actio *l. cùm duobus 52. alias l. si fratres §. si qui societatem ff. pro soc.* & deficiente actione non est opus exceptione *l. 2. ff. de except.* Repellitur igitur à legato, quia non paruit voluntati testatoris parem rationem faciendo cum cohæredibus. Eadem ratione etiam in *l. filio 94. ff. ad Leg. Falc.* filia justè retinet Falcidiam in prælegatis fratris; quia tamen non paret voluntati defuncti solvendo integra prælegata fratri suo, amittit propria prælegata.

Illud etiam falsum est, quod assumunt: videlicet, quod sicut à lege infligi pœna non potest, nisi delinquentibus, ita non possit imponi pœna ab homine de rebus suis disponente vel inter vivos, vel in ultima voluntate: si quidem delicti nomine intelligunt aliquid distinctum à contumacia non obtemperantis præcepto testatoris, aut initæ conventioni, & dolo ejus, qui lucro, & commodo frui satagit, onus au-
12 tem, & incommodum rejicit. Potest enim testator, possunt contrahentes cuilibet facto alioqui justo, ac licito pœnam imponere, *§. ult. Inst. tit. de V. O. l. si pœnam 68. l. continuus 137. §. si ut aliquid ff. eod.* Non pertinet ad privatos punire delinquentes: hoc proprium munus est legis. Testator & contrahentes possunt tantummodò pœnam imponere non obedientibus dispositioni, & conventioni. Itaque in hac pœna infligenda non quæritur, justum, an injustum, licitum, an illicitum fuerit factum: sed an sit contra dispositionem, & conventionem. Nihil justius est, quàm creditorem petere posse id, quod sibi debetur: & tamen creditori petenti pœ-
13 na rectè imponitur: & si petat contra conventionem, pœnam incurrit *l. amplius non peti ff. rem. rat. haberi.* Nihil justius est, quàm dominum jure suo uti, & jus suum persequi; & tamen rectè à testatore prohibetur, ne quis jure suo utatur, & jus suum persequatur *§. si quis velit Instit. tit. de servit. l. non solum nostrum, & l. cùm hæres ff. de liberat. legat.* & potest privari hæreditate, vel legato si contrà fecerit *l. tutor. ff. eod.*

Hujus rei duplex est ratio. Altera, quòd hæc pœna non afficit personam, neque bona gravati: sed bona ipsius testatoris, quibus testator eum privat non obtemperantem voluntati suæ: neque enim potest gravari ultra id, quod accepit *l. Imperator 70. ff. de* 14
legat. 2. Propterea potest testator pro suo arbitrio pœnam imponere, cùm hæc afficiat propria bona, de quibus pro arbitrio potest liberè disponere *l. verbis legis ff. de V. S. Authent. de nuptiis cap. 2.* Et cùm possit pro arbitrio hæredem gravare ad testituendam alteri hæreditatem etiam sine ulla causa; multò magis illum gravare potest, si non obtemperaverit suæ voluntati.

Altera est, quia hæc pœna non imponitur ad puniendum delictum, neque ut quis à delinquendo deterreatur: sed ut inducatur ad aliquid faciendum *l. stipulatio ista §. 1. ff. de V. O.* vel ad implendam voluntatem 15
testatoris *l. unic. C. de his quæ pœnæ nomine.* Quocircà hæc pœna non est exigenda ad normam, præscriptionemque legum; sed ad normam voluntatis testatoris. Atque ut hæc pœna debeatur, sufficit factum fuisse id, quod fieri noluit testator, sive factum fuerit legitimum, & justum, sive non fuerit: sive malo animo, & malitiosè factum fuerit, sive non fuerit; sufficit enim non fuisse impletam voluntatem testatoris *d. l. unic. C. de his quæ pœna nom.*

Nihil igitur commune habet pœna à legibus injuncta delinquentibus cum hac pœna injuncta contumaciæ non obtemperantium. Illa suos auctores tenere debet, & ad alios 16
extendi non potest *l. si pœna. & l. crimen ff. de pœnis. l. sancimus C. eod.* Hæc imponi potest etiam pro facto alieno *l. stipulatio ista §. 1. ff. de V. O.* Illa debet esse major, minorve

pro qualitate delicti *l. perspiciendum* 11. *ff. de pœn. l. aut facta* 16. *ff. eod. l. Pedius* 4. §. 1. *in fin. ff. de incend. ruin. l. sancimus C. de pœn. c. quæsivit. in fin. de his quæ fiunt à major. part. c. felicis.* §. *illud autem. de pœn. in* 6. Hæc nullam habet rationem cum delicto, aut facto cui imponitur; & potest quis privari pinguissima hæreditate ob factum nullius ferè momenti, quia in hac solam testatoris voluntatem spectamus, non qualitatem facti. Illâ emendatur, & abolentur facta injusta, & illicita, & à legibus

17 prohibita *l. sancimus C. de pœnis.* Hac contrà confirmantur etiam actus invalidi: ut cùm adjicitur pœna stipulationi facti alieni, quæ confirmat stipulationem aliàs inutilem *l. stipulatio ista* §. 1. *ff. de V. O.* §. *alteri instit. tit. de inut. stipul.* cùm adjicitur oneri adjecto libertati *l. un. C. de his quæ pœna nom.* cui alias onus adjici non potest *l.* 1. §. *quæ oneranda ff. quar. rer. actio non detur.*

Quibus probè constitutis satis apparet, quòd si verba testatoris sint idonea ad comprehendendum omne genus molestiæ, non est distinguendum inter molestias justas, &

18 injustas. Molestari enim, & inquietari dicuntur debitores, licet verè debitores sint, seclusâ dispositione testatoris *l.* 3. §. *nunc de effectu, & l. Aurelio* 20. *ff. de liberat. legat.*

Fateor tamen aliquando non incidere in pœnam à testatore impositam eum, qui facit id, quod vetuit testator. Primùm, si præceptum testatoris impossibile sit, aut turpe, aut contra leges, aut contra bonos mores. Non

19 debetur enim pœna præcepti impossibilis *l. si homo* 69. *ff. de V. O. l. un. in fin. C. de his quæ pœna nom. l. multa. in princ. l. pater* 101. *in princ. ff. de cond. & dem.* Hæc enim præcepta cùm sint impossibilia *l. filius* 15. *ff. de cond. instit. l. inter stipulantem* §. *sacram ff. de V. O.* non obligant hæredem, & legatarium *d. l. inter stipulantem* §. *sacram. versic. & ea dumtaxat. & l. impossibilium ff. de Reg. Jur.* eique remittuntur, & pro non scriptis habentur *l. non dubitamus ff. de cond. & demonstr. l. conditiones quæ ff. de cond. instit. l. facta* 63. §. *si sub conditione ff. ad S. C. Trebell.* Quamobrem cùm remittatur ipsum factum, & pro non scripto habeatur, non potest committi pœna: nec potest mulctari is, qui non fecit id, quod facere non potuit.

Præterea, si hæres, aut legatarius molestiam exhibeat ad conservandam voluntatem testatoris: veluti si petat id, quod sibi relictum fuit in testamento. Hic enim non contemnit præceptum testatoris, nec quicquam facit contra ejus voluntatem, sed ipsam tuetur, & conservat. Neque quisquam videri potest disposuisse ad evertendam voluntatem suam.

CAPUT XXX.

AD L. SOLEMUS 61. & *l. si quis intentione* 66. *ff. de judic.*

SUMMARIUM.

1 *In judiciis latior fit interpretatio, quàm in contractibus.*
2 *In contractibus maximè spectandum, quid actum sit: & quare.*
3 *Ex verbis colligitur mens contrahentium. Qui generaliter loquitur singulas species comprehendit.*
4 *In judiciis solum spectamus voluntatem proferentis: & quare.*
5 *In judicium venit omne, quod nominatim non fuit exceptum: & quare.*
6 *In exploranda voluntate, id quod verisimile est, sequimur.*
7 *In judiciis verba præsentis temporis futurum continent.*
8 *Compromissa admittunt interpretationem contractuum, non judiciorum.*
9 *Late explicatur* l. Ædiles 25. §. item sciendum ff. de Ædil. Edict.
10 *Actio redhibitoria est bonæ fidei.*
11 *Eadem fit interpretatio libelli tàm in judiciis bonæ fidei, quàm stricti Juris.*
12 *Quoad interpretationem verborum non differunt contractus bonæ fidei, & stricti Juris.*
13 *An in judicium veniant fructus percepti ante litem contestatam.*
14 *Edictum Ædilium quid contineat.*
15 *In judiciis quid sit restituendum actori?*

16 *Quid in actione redhibitoria?*
17 *Libellus ambiguus comprehendit quod actori utilius est: & quare n. 19.*
18 *Quantum differant interpretationes contractuum, & judiciorum.*
20 *Interpretanda sunt verba ut actus valeat.*
21 *Etiamsi interpretatio redundet in favorem proferentis.*
23 *Judex non potest condemnare nisi in id, quod in judicium deductum est.*
24 *Actore non probante reus est absolvendus.*
25 *Ambigua probatio actori non prodest.*
26 *Judex certam sententiam ferre debet.*
27 *An voluntas actoris ab hærede possit declarari. & nn. seqq.*
28 *Instantia transit in hæredem cum omnibus suis qualitatibus.*
29 *Voluntas à declaratione voluntatis multùm differt.*
30 *Si actori jus superveniat inter moras judicii reus condemnandus est.*
31 *Iniquum est aliquem de alieno facto jurare. Quantum differat juramentum à declaratione voluntatis.*
32 *Voluntatis declaratio, quæ à lege requiritur, in hæredem transit.*
33 *Voluntas, quæ ab homine requiritur, simpliciter & ab hærede, & à legatario potest declarari.*
34 *Secus si per modum conditionis injuncta sit.*
35 *Conditio injuncta personæ ab ea debet impleri.*
36 *Legatum optionis cujusmodi esset olim, cujusmodi sit hodie.*

1 IN judiciis latior fit interpretatio, quàm in contractibus. *l. si stipulatus* 76. §. *cùm stipulamur ff. de V. O.* ubi hujus interpretationis proponitur elegantissimum exemplum, & discrimen inter contractus, & judicia. In contractibus enim potissimè spectandum est, quid actum sit inter contrahentes *l. ubi*
2 *est verborum ff. de reb. dub. l. dotis* 7. §. *si ususfructus ff. de jure dot. l. qui usumfructum* 36. §. *stipulatus ff. de usufr. l. sed Celsus* §. 1. *l. cùm in lege* 33. & *l. fistulas* 78. *in princ. ff. de contr. empt. l. qui fundum* 40. §. *fundi eod. l. si venditor. in princ. &* in §. *ult. & l. ex empto* §. 1. *ff. de act. empt.* Contractus enim utriusque consensu constat, & sine voluntate utriusque contrahentis in idem placitum non contrahitur obligatio. *l.* 1. §. *conventionis ff. de pact. l. non solum* 31. *ff. de oblig. & act.* Itaque in interpretando contractu, quid voluerint, quid egerint contrahentes potissimum animadvertere oportet. Non tamen ferendus est debitor, qui cùm generaliter contraxerit, postea causatur, se de aliquibus tantum rebus sensisse *l. non est ferendus ff. de transact. l. quicquid adstringendæ. in princ. ff. de V. O. l. si mihi & Titio* §. 1. *ff. eod.* Ex verbis enim, & ex eorum 3
significatione colligitur quid senserint, quid voluerint contrahentes *l. Labeo* 7. *ff. de supell. leg. l. in ambiguo* 3. *ff. de reb. dub.* Quamobrem cùm in verbis non est ambiguitas, non est admittenda voluntatis quæstio *l. ille aut ille* 25. §. 1. *ff. de leg.* 3. & repellendus est à probatione contrariæ voluntatis, nec audiendus est, qui contendit se aliter sensisse: cujus rei elegantissima proponuntur exempla in *l. Labeo ff. de supell. leg. in l.* 4. *princ. vers. quod si quis ff. de leg.* 1. in *l. quoties* §. 1. *ff. de hæred. inst.* in *l. si alii* 19. *ff. de usu & usufr. leg.* Cùm igitur genus singulas species comprehendat *l. semper specialia ff. de Reg. Jur. l. si chorus* 79. *in princ. ff. de leg.* 3. qui generalibus verbis utuntur, id egisse videntur, ut singulas species comprehenderent *l.* 1. §. *quod autem ff. de aleat l. ult. in princ. C. de usur. rei jud.*

In judiciis autem multò laxior fit interpretatio verborum; neque enim ea interpretamur secundum mentem utriusque tàm actoris, quàm rei, neque spectamus utriusque voluntatem in idem placitum concurrentem; 4
sed solùm voluntatem proferentis; solùm quærimus, quid senserit ille, qui dixit. Judicium enim non constat utriusque voluntate & consensu, sed reditur in invitum: quapropter absurdum esset, explorare quid voluerit reus; qui velit, nolit, judicium suscipere cogitur *l. solemus. & l. si quis intentione ff. de judic. l. inter stipulantem* §. *si Stichum ff. de V. O.*

Quo fit, ut, cùm in interpretanda actoris intentione, seu libello, spectanda sit voluntas solius actoris, neque curandum sit, quid reus senserit: id omne in judicium venisse videatur, quod nominatim non fuit 5
exceptum; neque enim quæritur quid inter

litigantes actum fuerit, ut veniret in judicium, sed quid voluerit venire actor ipse. Ut autem exploremus voluntatem actoris, observandum est, quid verisimile sit eum
6 voluisse *l. in obscuris 114. ff. de R. J. l. insulam 13. in fin. ff. qui pot. in pign. l. 2. §. si venditor 14. ff. de hered. vel. act. vend.* Verisimile autem est, actorem non jus suum in judicium deducere voluisse *l. ult. in fin. C. de annal. except.* Et ideò nisi quid ipse nominatim exceperit, aut inter litigantes actum fuerit ne in judicium veniret, omne jus actoris in judicium deductum videtur *d. l. ult. & l. solemus ff. de judic. c. cum Ecclesia 3. §. verum de causa possess.* Et etiamsi verbis præsentis temporis utatur, tamen etiam futura continentur *l. si stipulatus 76. §.*
7 *cùm stipulamur ff. de V. O. cap. Abbate sanè §. caeterùm, cum seq. de sent. & re jud. in 6.*

Ex quibus apparet ratio, cur non eamdem interpretationem sequamur in compromissis: id enim tantummodò venit in compromissum, de quo actum fuit, ut veniret *l. quid tamen 21. alias l. si cùm dies 22. §. plenum ff. de recept. arb.* Compromissum constat pacto, & conventione utriusque compromittentis *l. litigatores §. quod ait Prætor. & §. interdum. l. item si unus §. sed si ita ff. de re-*
8 *cept. arbitr.* Est enim conventio inter aliquos inita de controversia per arbitrum finienda, cum promissione pœnæ irrogandæ ei, qui non paruerit sententiæ arbitri. Itaque cùm compromissa ex consensu reddantur, interpretationem eamdem prorsus admittunt, quam contractus, nec possunt in compromissum venire nisi res, & controversiæ, de quibus actum fuit *l. cum Aquiliana 5. ff. de transact.* ubi observanda sunt illa verba, *quæ ex consensu redditur*; quibus ratio respondendi continetur *l. qui cum tutoribus 9. §. 1. ff. eod. l. si de certa 31. C. eod.* Contrà in judiciis, quæ non redduntur ex consensu, spectari non potest, quid actum sit inter litigantes: sed æquum est, ut in judicium veniat omne jus actoris, nisi actum fuerit ne veniret.

Sed contrarium videtur respondisse Ulpianus in *l. Ædiles etiam 25. §. item sciendum. in fin. ff. de Ædil. Edict.* ibi: *Quæ ante* 9
judicium contingunt non valdè ad judicem pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.

Sunt qui putant, in hac lege agi de judicio stricti Juris, in quo non venit nisi id, de quo nominatim actum fuit, & omissum pro omisso habetur *l. quicquid adstringendæ 99. in princ. l. ita stipulatus 115. in princ. ff. de V. O.*

Vix est, ut operam impendamus in hac falsissima sententia confutanda. Utrumque enim perspicuè falsum est. Non agitur ibi de judicio stricti Juris, agitur enim de redhibitione, quæ fit empti judicio *l. ex empto §. redhibitionem ff. de action. empt.* Empti ju- 10
dicium est bonæ fidei *§. actionum autem Instit. tit. de action. l. fundi 17. §. si ruta & cæsa ff. de action. empt.* Falsum est etiam, quòd in judiciis stricti Juris verba intentionis actoris strictè sint interpretanda, & in judicium veniat solùm id, de quo nominatim est actum. Repugnat enim text. in *l. solemus* in *l. si quis intentione ff. de judic.* in *l. inter stipulantem 83. §. 1. ff. de V. O.* quæ tùm generales sunt, tùm generali ratione nituntur, quæ pertinet tàm ad judicia stricti Juris, quàm bonæ fidei. Facultas enim, quam habet Ju- 11
dex ex præscripto Prætoris in judiciis bonæ fidei, non pertinet ad interpretationem libelli, sed ad ea, quæ alterum alteri præstare oportet ex natura conventionis. Nam in strictis judiciis est alligatus verbis contrahentium: in bonæ fidei potest ex bono & æquo æstimare *l. quia tantumdem ff. de negot. gest. l. quicquid adstringendæ ff. de V. O. l. si servus 50. §. ult. ff. de leg. 1. l. quòd si nolit 31. §. quia assidua ff. de Ædil. Edict. l. usura 34. ff. de usur.* Quin imò, & quoad inter- 12
pretationem verborum ambiguorum eadem est ratio contractuum bonæ fidei, & stricti Juris *l. veteribus 39. ff. de pact. l. Labeo 21. ff. de contr. empt. l. cùm quæritur ff. de reb. dub. l. stipulatio 38. §. in stipulationibus ff. de V. O.*

Respondent

Respondent Viri doctissimi, ibi agi de accessionibus, & fructibus perceptis ante litem contestatam, qui cùm separati sint à
13 re petita, adeoque differant à re ipsa, non possunt comprehendi petitione rei *l. in ædibus 9. §. 1. ff. de donat.* Quamobrem nominatim petendi sunt; nam quæ ante judicium acceptum contingunt, non valdè ad Judicem pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.

Ego verò contrà sentio, hos fructus, & accessiones venire in judicium redhibitorium, etiamsi nominatim hæc petita non fuerint: neque in hac lege agi de libello, & petitione actoris; eamque legem ad rem nostram minimè pertinere. Non agitur in ea lege de libello ambiguo; nec de petitione actoris: sed explicatur ab Ulpiano Edictum Ædilium.

Edicto Ædilium cavetur, ut qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi, vitiive sit, & palam rectè pronuncient. Si secus fecerint, judicium datur,
14 ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem natum, acquisitumve fuerit, sive quid ex ea re fructûs pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat *l. 1. ff. de Ædilit. Edict.* Explicans hoc Edictum Ulpianus admonet, hæc omnia, quæ exprimuntur Edicto Ædilium referenda esse ad ea, quæ percepit actor, seu emptor ante litem contestatam. Nam ea, quæ percipit post litem contestatam, præstare cogitur officio judicis, cùm post judicium acceptum tota causa in Judicio versetur, & restituenda sit non solum res petita, sed etiam rei causa: hoc est, ut actor habeat omne id, quod habiturus fuisset, si tempore litis con-
15 testatæ fuisset ei res restituta *l. præterea, & l. & ex diverso §. 1. ff. de rei vind. l. 2. ff. de usur. l. illud ff. de petit. hered.* Itaque de his rebus restituendis necesse non fuit Ædiles nominatim Edicto cavere, cùm veniant ex natura actionis, & officio Judicis præstandæ
16 sint *dd. ll. & §. & si in rem. cum seq. Inst. tit. de offic. Judic.* De his autem, quæ percepit emptor ante litem contestatam, necesse fuit Ædiles Edicto cavere, eaque enumerare, & nominatim injungere Judici, ut ad hæc quoque restituenda condemnaret emptorem. Ad hæc enim restituenda non potuisset Judex condemnare. Non ex officio, quia officium Judicis non extenditur ad ea, quæ ante judicium acciderunt *d. l. Ædiles §. sciendum. in fin. ff. de Ædil. Edict.* Non ex natura ipsorum fructuum, quia cùm emptor bonâ fide possederit, tenetur solum ad fructus perceptos post litem contestatam *l. certum C. de rei vind.* Necessarium igitur fuit, Ædiles nominatim cavere de his fructibus restituendis. Hanc puto germanam hujus legis interpretationem.

His expositis constat, verba illa, *nisi fuerint ei nominatim injuncta*, non esse referenda ad libellum, & petitionem actoris, sed ad Edictum Ædilium, quo nominatim injungitur Judici, ut condemnet etiam ad restituenda ea, quæ percepta sunt ante litem contestatam. Quamobrem in ea lege non agitur de interpretatione libelli ambigui, aut de iis, quæ veniunt in judicium ex petitione actoris, seu de illis, quæ petenda sunt ab actore nominatim.

Constat etiam, quòd etsi nominatim hæc petita non fuerint, tamen Judex ad ea restituenda debet condemnare: veniunt enim ex natura actionis redhibitoriæ, & ex Edicto Ædilium, quo nominatim injungitur hæc restitutio *d. l. 1. ff. de Ædil. Ed.* Et ideò Judex ex officio debet condemnare, sicut condemnat in fructibus posteà perceptis *l. plus est 22. ff. de V. S.*

Hactenus de interpretatione libelli generalis: nunc de interpretatione libelli ambigui. Libellus ambiguus comprehendit id, quod actori utilius est *l. si quis intentione ff. de judic.* Utrumque enim interpre- 17
tamur in favorem actoris. Alia adhibetur interpretatio in judiciis: alia in contractibus.

In contractibus ambigua verba interpretamur contra proferentem, hoc est, contra stipulatorem, locatorem, venditorem *l. cum quæritur ff. de reb. dub. l. stipulatio ista 38.*

§. *in stipulationibus ff. de V. O. l. Labeo* 21. *& l. cùm in lege* 33. *ff. de contr. empt. l. veteribus ff. de pact.* quia cùm contractus constet utriusque contrahentis consensu, & sine
18 conventione obligatio non contrahatur *l. non solum* 31. *ff. de obl. & act. l.* 1. § *conventionis ff. de pact. l. in omnibus rebus ff. de oblig. & act.* utriusque contrahentis voluntas spectanda est, nec minus quid hic, quàm quid ille voluerit comprehendere, curandum est *d. l. non solum* 31. *ff. eod.* Est igitur par ratio, par causa utriusque contrahentis. At in pari causa æquum est verba nos interpretari contra proferentem, qui potuit apertius dicere: ac proindè sibi debet imputare, suæque culpæ adscribere, si obscurè dixit *l. veteribus ff. de pact. l. Labeo* 21. *ff. de contr. empt.* Æquissimum enim est factum cuique suum nocere, non alteri *l. factum* 155. *ff. de Reg. Jur.*

In judiciis verò verba interpretamus in favorem proferentis. Judicium enim solius actoris voluntate constat, cùm in reum etiam invitum reddatur *l. inter stipulantem*
19 §. 1. *ff de V. O.* Libellus continet intentionem solius actoris: quamobrem verba ex actoris voluntate sunt æstimanda. Quid reus senserit parum refert: sola voluntas actoris spectatur. Ut autem actoris voluntatem exploremus, id quod verisimile est eum voluisse, debemus investigare *l. in obscuris* 114. *ff. de Reg. Jur. l. insulam ff. qui potior. in pign.* verisimile est autem quemlibet velle id, quod sibi utilius est *l. si ita stipulatus* 109. *ff. de V. O. l. hi qui* 34. *in fin. ff. de fidejuss.* Et ideò actor censetur in judicium deduxisse id, quod sibi utilius est.

Concurrit & alia ratio, quamobrem rei voluntas curanda non sit: quia semper reus negaret se convenisse, ut judicium eluderet *l. solemus ff. de judic. l. inter stipulantem* §.
20 1. *ff. de V. O.* Verba semper interpretanda sunt ut actus valeat potius, quàm pereat *l. ubi est verborum* 21. *ff. de reb. dub. l. quoties in stipulationibus* 80. *ff. de V. O. l. si quando* 109. *ff. de leg.* 1. Eadem est ratio interpretandi actiones, & exceptiones *l. quoties in actionibus* 12. *ff. de reb. dub. l. in contrahenda* 172. *ff. de Reg. Jur.* Et ideò necesse est in judiciis verba in favorem proferentis interpretari.

Et hac in re judicia non differunt à contractibus. Nam & in contractibus, licèt ambigua verba sint interpretanda contra proferentem; tamen si secundum hujusmodi interpretationem contractus sit inutilis, ab illa regula recedimus, & in favorem proferentis verba interpretamur, ne contractus corruat? ut in *l. eum qui calendis. in fine princip. ff. de V. O.* In qua lege si verba 21
interpretemur contra stipulatorem proferentem, promissor tenebitur dare calendis remotissimis: longius enim tempus stipulatione comprehensum videtur *l. si ita stipulatus* 109. *ff. de V. O.* Sed si tenetur dare calendis remotissimis, inutilis erit stipulatio: numquam enim venturæ sunt hæ calendæ. Concurrunt igitur duæ regulæ: altera de verbis interpretandis contra proferentem: altera de verbis interpretandis ita, ut actus potius valeat, quàm pereat. Quid dicendum? præponderat regula validitatis actûs: eaque in hoc concursu potius attendenda; posthabitâ interpretatione contra proferentem. In judiciis concurrunt hæ duæ regulæ: posthabenda igitur est interpretatio contra proferentem, eaque rejectâ pro proferente verba sunt interpretanda, ne sit inutile judicium.

Sed contrarium videtur respondisse Ulpianus in *l. idem Pomponius* 5. §. *ult. ff. de rei vind. Si plures sint ejusdem nominis servi, puta plures Erotes, nec appareat de quo actum sit, Pomponius dicit nullam fieri condemna-* 22
tionem. Ergò potius redditur inutile judicium, quàm fiat interpretatio in favorem actoris.

Verè tamen contrarium non est, quod in hac lege respondit Ulpianus, iis, quæ respondit Paulus in *l. inter stipulantem* § *si Stichum ff. de V. O.* Neque enim eadem quæstio in utraque lege pertractatur. In *l. inter stipulantem*, proponitur hujusmodi

quæstio. Titius petebat à Mævio Stichum servum, & cùm plures essent ejus nominis servi, nullam adjecerat demonstrationem, quâ distingueretur, quis ex his peteretur, ut fieri debet *l. si in rem 6. in fin. ff. de rei vind.* Cùm autem probare vellet sibi deberi eum Stichum, quem dicebat se petiisse: reus negabat se de eo sensisse, cùm litem contestatus est: adeoque servum illum in judicium deductum non fuisse; ac propterea novo libello, novâ litis contestatione,
23 novo judicio opus esse. Non potest Judex condemnare reum de eo, quod in judicium deductum non fuit *l. ut fundus ff. comm. div. l. ult. C. de fideic. libert.* Respondit J. C. reum, qui vult eludere judicium, audiendum non esse, nec spectandam ejus voluntatem, qui vel invitus cogitur judicium accipere: & actori credendum, eumque servum in judicium deductum esse, quem actor intellexerit.

Contrà verò quæstio ab Ulpiano proposita in *l. idem Pomponius §. ult ff de rei vind.* est hujusmodi. Petebat Titius à Mævio Erotem servum, & cùm plures essent ejusdem nominis, nec in libello demonstraverat, quem petiisset, neque id apparebat ex probationibus. Rogabat Judicem, ut Titium condemnaret ad præstandum Erotem. Mævius opponebat se non posse condemnari, cùm non appareret, de quo servo actum fuisset in judicio. Respondit Pomponius, nullam sequi posse condemnationem. Et
24 rectè. Nulla sequi potest condemnatio, quia actore non probante, reus est absolvendus, non condemnandus *l. 2. C. de probat. l. 4. C. de edendo l. si quidem 9. C. de except. l negantes 9. C. de oblig.* probatio autem dubia, & ambigua actori non pro
25 dest: certò enim probare debet quid sibi debeatur *c in præsentia 8. de probat.* Nulla sequi potest condemnatio, quia Judex cer
26 tam sententiam ferre debet *l. in sententiis 59. ff. de re judic. l. ult. C. de sentent. quæ sine cert. quant.* Non potest autem certam ferre sententiam, si non apparet, de quo servo actum fuerit in judicio. Tria enim hæc inter se convenire debent: libellus: probatio: sententia Judicis. In quæstione hujus legis ventum erat ad finem judicii: quæritur enim, an fieri debeat condemnatio: & adhuc non apparebat, de quo servo actum fuisset. Præcesserat non solum libellus, & litis contestatio, sed etiam probationes: & tamen non apparebat, de quo servo actum fuisset: ergò non probaverat actor certum aliquem servum sibi deberi: ac proinde meritò reus negabat fieri posse condemnationem. Non allegabat se de alio servo sensisse, ut in superiore quæstione: sed dicebat, neque ex libello, neque ex probationibus apparere, de quo servo actum fuisset. In summa supponitur in hac lege aut actorem nihil probasse, aut dubiam, & incertam probationem, qualem rejicit summus Pontifex in *cap. in præsentia 8. de probat.* attulisse.

Est igitur merum commentum Doctorum, qui putant hîc agi de ambiguo facti, quod à solo actore declarari potest, fingunt autem hîc actorem fuisse mortuum, antequam declararet suam voluntatem. Cùm 27
autem voluntas ab hærede non possit declarari, adeoque non appareat de quo servo actum fuerit, nulla sequi potest condemnatio.

Quod autem voluntas actoris ab ejus hærede non possit declarari probant primò, quia alia est voluntas defuncti, alia hæredis, argum. text. in *l. generaliter. in princ. C. de reb. cred.* secundò, quia nemo videtur dixisse, quod non mente agitaverit *l. Labeo ff. de supell. leg.* id autem quod quis mente agitavit, cùm intus in animo lateat, ab alio explicari non potest. Tertiò, quia facultas explicandi voluntatem, personalis est, & ad hæredes non transit *l centesimis §. ult. ff. de V. O.* Et confirmatur exemplo legati optionis in *§. optionis 23. Instit. tit. de legat.*

Ego tamen contrà sentio: in ea lege non agi de actore mortuo, quod est merum putum figmentum: & quamvis age-

re ur de actore mortuo, tamen posse hæredem declarare ambiguam intentionem defuncti actoris. Etenim instantia transit in hæredem actoris cum omnibus suis qualitatibus, adeò ut hæres jure defuncti utatur, & induat omnia ejus jura, & pri-
28 vilegia, *l. oratione ff. de feriis. l. si is qui Romæ, & l. ubi acceptum ff. de judic.* Nam cùm quis utitur jure alterius, in eum transeunt omnia, quæ alteri competebant, etiam vitia *l. 4. §. de auctoris dolo ff. de doli & met. except. l. cùm hæres ff. de diverf. temp. præscr.* Cùm igitur defunctus posset declarare ambiguum libellum: poterit eumdem declarare etiam ejus hæres.

Nec enim in hac causa quæritur, an voluntas defuncti sit voluntas hæredis; hoc enim est indubitatum; sed an defuncti voluntatem possit hæres declarare.
29 Multum autem differt voluntas à declaratione voluntatis, quæ multò facilius admittitur *l. hæredes palam §. 1. ff. qui testam.* & facit text. in *l. Theopompus ff. de dot. præleg.*

Imò verò nec agitur de declaratione voluntatis. Neque enim necesse est ut hæres declaret, quid senserit defunctus actor: hoc enim ab ipsa lege declaratur. Sufficit ur declaret, quid actori fuerit utilius: hoc enim declarato lex statuit id ambiguo libello comprehendi: nostra *l. si quis intentione ff. de judic.* Quid actori sit utilius tantummodò quæritur in interpretatione libelli ambigui: id enim accipiendum est *d. l. si quis intentione ff. de judic.* Hoc autem facti est, & quidem extrinseci, quod potest etiam ab hærede declarari: neque enim hujusmodi factum in animo latet, sicut voluntas, adeò ut alteri notum esse non possit. Solus hæres, cui notus est status hæreditarius, scire potest, quid fuerit utile defuncto: ad ipsum igitur pertinet hujus facti declaratio. Præterquam quòd cùm in favorem actoris, & ne judicium reddatur inutile, reo negante se convenisse, sit constitutum venire in judicium id, de quo actor senserit *l. solemus ff. de judic. l. inter stipulantem §. 1. ff. de V. O.* quid causæ esse potest, cur non sit credendum hæredi, qui actor est, translatâ in eum instantiâ defuncti, atque adeò reddendum sit inutile judicium, & danda sit facultas reo cœptum judicium eludendi? Nemo certè hoc mihi poterit persuadere. Præsertim quia aut probat hæres deberi sibi servum, quem dicit in judicium fuisse deductum: aut non probat. Si non probat, utique reus est absolvendus *l. 2. C. de probat. l. 4. C. de edendo*, & similibus. Si verò probat eum sibi deberi, & debitum fuisse actori, qui petiit, quid causæ est, cur reus velit evitare condemnationem? Etenim, quod magis est, etiamsi ab initio res non rectè fuerit petita, quia jus petendi non habebat actor; tamen si inter moras judicii jus actori supervéniat, dummodò superveniat ex causa 30
de præterito, non potest reus evitare condemnationem *l. si mandavero tibi 17. ff. mand. l. si rem 9. §. ult. ff. de pignor. act. l. quæsitum 30. in princ. ff. de pecul. c. Abbate sane § cæterum. cum seqq. de sent. & re judic. in 6.* & facit text. in *l. Julianus 11. ff. qui satisd cog.*

His probè constitutis, ad contraria argumenta facilis est & prompta responsio. Et quidem in universum respondetur, hic neque agi de transferenda in hæredem voluntate defuncti, quod fieri non potest: neque de transmittenda facultate declarandi, & explicandi voluntatem, ut probavimus; undè omnia argumenta concidunt ipsa per se.

Singillatim tamen respondetur, non posse deduci argumentum à jurejurando ad nudam voluntatem. Primùm, quia iniquum est de alieno facto alium jurare *l. Marcellus §. jurare ff. de act. rer. amot.* Non est iniquum alienam voluntatem declarare. Præterea, jurandi necessitas facilè remittitur propter quorumdam supersti- 31
tiosam timiditatem *l. quæ sub conditione 8. in princ. & §. seqq. de condition. inst. l. hac*

scriptura ff. de cond. & dem. l. liberto ff. de bon. libert. Non remittitur necessitas declarandi voluntatem *l. si ita legatum* 65. *§. illi si volet ff. de leg.* 1. Est igitur futile hoc argumentum.

Non majoris momenti est alterum petitum ex *l. centesimis §. ult. ff. de V. O.* Etenim cùm quæritur, an hæres velle possit, cùm defunctus non declaravit se velle, ita distinguendum est. Aut voluntas requiritur à lege, aut ab homine. Si à lege; nempè si lex disponat, ut actus pendeat à voluntate hominis; facultas declarandi voluntatem transit in hæ-
32 redem. Ut puta, legatum non acquiritur invito, sed si voluerit legatarius *d. l. si ita §. illi ff. de leg.* 1. si nolit, & repudiet, legatum corruit. Sed si decedat antequam velit, & agnoscat, ad hæredem transmittitur, & potest velle, & agnoscere legatum ipse hæres *d. l. si ita legatum de leg.* 1. *& l. si post diem ff. quan. di. leg. ced.* Item in legato generis, & alternativo habet legatarius facultatem eligendi, & declarandi quid velit ex pluribus rebus legatis *§. si generaliter* 22. *Inst. tit. de legat. l. qui duos* 20. *l. si servus* 108. *§. cum homo ff. de legat.* 1. Quòd si moriatur legatarius antequam declaret utrum velit, hæc facultas ad hæredem simul cum legato transmittitur *l. nec semel §. si cui homo ff. quan. di. leg. ced.* In casu nostro facultas interpretandi libellum ambiguum, & declarandi quid petere voluerit, competit actori ex dispositione legis *l. solemus. & l. si quis intentione ff. de judic. l. inter stipulantem §. 1. ff. de V. O.* quare non mirum, si transeat ad hæredem simul cum instantia defuncti.

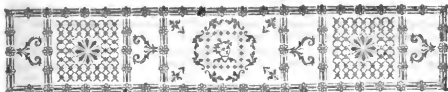
Quòd si voluntas requiratur ex dispositione hominis, rursus distinguendum est inter voluntatem, quæ simpliciter, & absolutè requiritur, eamque quæ ponitur in conditione. Primo casu transmittitur ad
33 hæredes. *l. illud aut illud ff. de opt. leg.* Et ne quis putet, id fuisse receptum in legatis favore ultimarum voluntatum, idem traditum de contractibus in *l. si stipulatus fuerim* 76. *ff. de V. O.* Stipulatus sum mihi dari Stichum, aut decem, utrum voluero. Etiamsi facultas eligendi sit personalis, tamen simul cum obligatione transit ad hæredem, qui potest eligere utrum velit, Stichum, an decem *d. l. si stipulatus.* Imò transit etiam ad legatarium *l. si sic legatum* 75. *§. si quis ita stipulatus ff. de leg.* 1. In casu nostro voluntas simpliciter, & absolutè requiritur, non per modum conditionis *l. inter stipulantem §. si Stichum ff. de V. O.* Adeoque etiamsi requireretur ex dispositione hominis, tamèn ad hæredes transmitteretur facultas declarandi voluntatem, quam defunctus non declaravit.

Secundo verò casu, quando voluntas ponitur in conditione, tunc potest velle solummodò ille, cui est injuncta conditio, eoque moriente antequam declaret voluntatem suam, intercidit obligatio, neque ad hæredes transmittitur. Quapropter in *l. centesimis §. ult. ff. de V. O.* quæ nobis opponitur, si debitor moriatur antequam velit, obligatio corruit; quia verba illa, *cùm volueris dabis*, conditionem faciunt: continent enim expressim, & principaliter tempus, tacitè verò, & consequenter conditionem *l. si Titio* 22. *in princ. ff. quan. di. leg. ced. l. quodcumque* 45. *§. non solum ff. de V. O. l. qui promisit ff. de condict. ind.* Idem traditum est & in legatis: nam si legata fuerint Titio centum sub conditione, *si volueris*, intercidit legatum Titio moriente antequam declaret voluntatem suam *l. si ita legatum §. illi si volet ff.* 35
de legat. 1. *l. si ita expressum* 69. *ff. de cond. & dem.* quia conditio personæ injuncta videtur, & ideò solum ejus personæ, cui fuit injuncta, voluntas spectanda est *d. l. si ita expressum ff. de cond. & dem.* Hæc enim conditio consistit in facto, cùm voluntas facti sit *l. consilio* 7. *§. ult. ff. de curat. furios.* conditiones autem,

quæ in facto consistunt, implendæ sunt ab eo, cui fuerunt adscriptæ *l. ult. ff. de cond. inst.*

Hinc facilè respondetur etiam ad exemplum legati optionis. Nam legatum optionis erat olim conditionale, & ideò solus legatarius optare poterat, non ejus hæres *§. optionis Instit. tit. de legat.* Item optio erat actus legitimus *l. actus legitimi ff. de Reg. Jur.* & actus legitimus per alium expediri non poterat *l. nemo alieno ff. eod.* Hodiè autem ex Justiniani constitutione legatum optionis non intercidit moriente ante optionem legatario, & optandi facultas transit ad hæredes *d. §. optionis.* Quapropter argumentum petitum ex *d. §.* pro nobis facit.

FINIS.



JOSEPHI AVERANII,

Jurisconsulti & Antecessoris,

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBER TERTIUS.

CAPUT PRIMUM.

Ad L. 1. §. Sed & si Comites 8. ff. de extraordin. cognit. & L. 4. ff. de offic. adsessor.

SUMMARIUM.

1 *Affertur occasio scribendi.*
2 *Comites in quatuor classes distributi.*
3 *Qui in provinciam cum Præsidibus proficiscebantur, singulatim comites, generatim cohors appellati.*
4 *Horum in numero Præfectus, qui toti cohorti praerat.*
5 *Legati, qui in jure dicuntur adsessores.*
6 *Adsessores omnia peragebant, quæ ad juridicam, & legitimam provinciæ administrationem attinebant.*
7 *Convictores, sive contubernales.*
8 *Apparitores, quorum nomine plura officia comprehendebantur; præcipuè exceptorum, sive actuariorum & notariorum. & n. 11.*
9 *Ex comitibus componebatur cohors Prætoria.*
10 *Refellitur sententia Cujacii putantis comites semper accipi pro assessoribus: multæ leges explicantur. & n. 11. 12.*
13 *Præsidibus eorumque Comitibus supellex ex annona suppeditabatur vasarii & salarii nomine: his postea additum stipendium.*
14 *Annonæ æstimationem in pecunia percipere poterant, quæ lucellum dicta est. Aliud lucellum à privatis.*
15 *Romam reversi munera seu beneficia accipiebant.*
16 *Comites pro salariis hypothecam non habuerunt. Veteres parcissimi in hypotheca concedenda.*
17 *Ratio affertur.*
18 *Contraria argumenta diluuntur.*

1 Ravis, & plena concertationum causa fuit dudum in judicio tractata, & inter doctissimos homines acerrimè disputata: an familiares Principis pro salario sibi debito haberent tacitam hypothecam: & an præferrentur cæteris creditoribus etiam habentibus expressam, & anteriorem hypothecam. Magnâ doctrinæ copiâ in utramque partem est decertatum: eo tandem redacta res est, ut

quæsitum fuerit, an olim apud Romanos, Comites Præsidum, & Imperatorum hujusmodi privilegio gauderent. Cum in hoc totius causæ cardo verteretur, interrogatus, quid hac de re sentirem, multa dixi, ac suppeditavi, quæ ad causæ defensionem facere judicabam. Atque hinc arripui occasionem scribendi de Comitibus, quæ modò subjiciam.

2 Comitum varia fuerunt genera. Omnes in quatuor classes distribuo. In prima classe pono eos, qui comitabantur Præsides, Proconsules, & alios, qui ad regendas provincias proficiscebantur. In secunda eos, qui Imperatores in expeditionem prodeuntes, aut peregrè proficiscentes comitabantur. In tertia eos, qui ad honorem, ac dignitatem Comitatûs evehebantur. In quarta Comites, qui provincias regebant, & gubernabant, qui postremis Imperii Romani temporibus fuerunt introducti.

A primis ordiamur. Præsides multos in provinciam secum ducebant, quorum ministerio utebantur in administranda provincia. Hi singulatim Comites appellabantur: generatim, & universè cohors seu cohors
3 prætoria. Præsidum nomine hîc omnes provincias regentes comprehendo, ut in *L.* 1. *ff. de off. Præsid.* omnes enim, qui universas provincias regebant, Comites habebant, seu cohortem. Imò & Legati Proconsulis suos habebant Comites. *L. si quis forte* 6. *§. si quos comitum ff. de pœn.* ibi. *Si quos Comitum vel Legati sui reos Proconsul invenerit.* Appellabatur autem cohors prætoria, non tam cohors ipsius Prætoris, quam omnium aliorum, etiam Consulis. In rationibus Verris, qui fuit Quæstor C. Carbonis Consulis: *Dedi stipendia, frumenta, Legatis, Proquæstoribus, Cohorti Prætoriæ* &c; refert eas rationes Cic. *Lib.* 1. *in Verr. c.* 14. & ibi notat Ascon. *Cohorti Prætoriæ. Comitibus consularibus.* Veteres enim omnem Magistratum, cui parêret exercitus, Prætorem appellaverunt: unde & Prætorium, tabernaculum ejus dicitur, & in castris porta Prætoria. Varro quoque *de Lingua Lat. Prætores dicti, qui præirent jure & exercitu.* Prætores etiam fuerunt appellati, qui postea Consules: & Prætor maximus, qui Dictator. Liv. *Lib.* VII.

Superiora Asconii verba demonstrant cohortem prætoriam Comites Præsidis comprehendere. Cic. *Lib.* 2. *in Verr.* paulo post princ. *Comites illi tui delecti manus erant tuæ*: & deinceps: *cohors tota illa tua, quæ plus mali Siciliæ dedit, quam si centum cohortes fugitivorum fuissent, tua manus sine controversia fuit.* Et infra: *Ex his causis, quas ipse instituerat in consilio, hoc est cum sua cohorte cognoscere.* Item: *auctio facta est, in qua cohors hujus invicta dominata est.* Et passim in eâ oratione. Et *in epist. ad Q. Fratrem lib.* 1. *ep.* 1. *Quos verò aut ex domesticis convictoribus, aut ex necessariis apparitoribus tecum esse voluisti, qui quasi ex cohorte Prætoria appellari solent* &c. Juven. *Sat.* 8. *vers.* 127.

> *Si tibi sancta cohors comitum, si nemo tribunal*
> *Vendit Acersecomes*

Catull. *ep.* 28.

> *Pisonis comites, cohors inanis.*

& indè,

> *Ecquidnam in tabulis patet lucelli*
> *Expensum? ut mihi qui meum secutus*
> *Prætorem refero datum lucello &c.*

Nimirum Catullus dolet, quod ejus amici Verabius, & Fabullus, qui Cisonem Prætorem Comites erant secuti, nihil lucri facerent, sicut nec ipse, qui Memmium Prætorem secutus erat, qui postea à Cæsare reus repetundarum factus est. Memmius igitur omnia, quæ à provincia exigebat, sibi vindicabat, cohorti nihil dabat. Idem *in epigr.* 10. incipit *Varrus.*

> *Respondi id quod erat: mihi neque ipsi,*
> *Nec Prætoribus esse, nec cohorti,*
> *Cur quisquam caput unctius referret.*

Eadem

Eâdem loquendi formâ utitur Cicero *Lib.* 2. *in Verrem*: *ut ab illis ipse unctior discederet.* Significat autem nihil quicquam à Provincialibus lucri fecisse neque ipsum, neque Prætores, neque cohortem: causam deinceps affert, quia provinciales *non facerent pili cohortem.*

Doctissimus Scaliger explicat verbum *prætoribus* pro convictoribus Prætoris & congerronibus. Rectenè, an secus, valde dubito. Horat. Serm. 7.

> *Persius exponit causam, ridetur ab omni*
> *Conventu, laudat Brutum, laudatque cohortem.*

4 Inter Comites Prætoris Verris Cicero recenset Præfectos, Scribas, Medicos, Accensos, Aruspices, Præcones. *Lib.* 1. *in Verrem.* Sed *epist.* 1. *ad Attic. Lib.* 6. videtur distinguere Præfectos, & Legatos à Comitibus. *Quid dicam de illius Præfectis, Comitibus, Legatis?* Loquitur de Appio, cui ipse successerat in provinciæ administratione. De Præfecto alibi etiam M. Tullius, in *Lib.* 2. *in Verr.* ubi narrat prudens Scipionis Africani responsum. *Cum ab eo*, inquit, *quidam vetus assectator, & ex numero amicorum non impetraret, uti se præfectum in Africam duceret, & id ferret molestè: Noli, inquit, mirari, si tu à me hoc non impetras: ego jampridem ab eo, cui meam existimationem caram fore arbitror, peto, ut mecum præfectus proficiscatur, & adhuc impetrare non possum.* Hinc constat non leve munus Præfecti fuisse, qui toti cohorti præerat, eamque in officio continebat: ad similitudinem cohortis militaris. Sæpe enim à Cicerone comparantur, ut cum nominat cohortem Verris *invictam*: cum dicit *comites illi tui delecti*, quod verbum propriè militibus convenit, quorum delectus habetur: cum ait cohortem Verris plus mali dedisse Siciliæ, quam si centum cohortes fugitivorum fuissent, alludens ad bellum servile. Quocirca poterat Præfectus magnam pecuniæ summam à provincialibus extorquere, & Præsidis existimationi labem inferre. Argutè Scævola Septumulejo Anagnino roganti, ut se in Asiam Præfectum duceret: *Quid tibi vis insane? tanta malorum est multitudo civium, ut tibi ego confirmem, si Romæ manseris, te paucis annis ad maximas pecunias esse venturum.* Refert id Cicero *in* 2. *de Oratore.* Horum Præfectorum nusquam in jure nostro fit mentio. Papinianus quidem nominat Præfectum cohortis in *L. Præfectus* 63. *ff. de rit. nupt.* Sed ille est Præfectus cohortis militaris: auxiliares enim copiæ Præfectos cohortis habebant. Et quia ibi de his agit Papinianus, idcircò confugit ad exemplum tutoris: dubitari enim poterat, an id quod fuerat interdictum iis, qui officium in provincia gerunt, comprehenderet etiam eos, qui præsunt copiis auxiliaribus: ac propterea J.C. non fundat opinionem suam in prohibitione interdicti, sed in exemplo tutoris.

Idem Cicero recenset inter Comites etiam 5 Legatos, & quidem pluribus in locis. In *Lib.* 2. *in Verr. Dedi stipendia Legatis, Proquæstori, cohorti prætoriæ.* Et *Lib.* 6. *epist. ad Attic. ep.* 1. de Appii Comitibus, cui successerat in administratione provinciæ. *Quid dicam de illius præfectis, comitibus, legatis? etiam de rapinis? de libidinibus? de contumeliis?* Id. *Lib.* 1. *epist. ad Q. Fratrem ep.* 1. *Quamquam Legatos habes eos, qui ipsi per se habituri sint rationem dignitatis suæ; de quibus honore, & dignitate, & ætate præstat Tubero, quem ego arbitror, præsertim cum scribat historiam, multos ex suis annalibus posse deligere, quos velit, & possit imitari. Halienus autem noster cum animo, & benevolentia, tum verò etiam imitatione vivendi. Nam quid ego de Gratidio dicam? quem certo scio ita laborare de existimatione sua, ut propter amorem in nos fraternum etiam de nostra laboret.* De his quoque nulla in jure nostro mentio. Multa quidem habemus de Legato Proconsulis in titulo *de offic. Proconf.* & alibi: sed de his nihil usquam. Quamobrem quodnam esset eorum officium, hæreo. Quantum tamen conjecturâ consequi possum, puto fuisse eos, qui in jure nostro dicuntur Adsessores, de quibus agitur in ti-

tulo *de officio Adsessorum*. Non abhorret ab hac conjectura Varronis definitio, qui *Lib.* 4. *de Ling. Lat.* Legatos ita describit: *Legati dicebantur, qui lecti publice, quorum opera, consilioque uteretur peregre magistratus.* Non dissentit Cicero *in Vatinium*, qui eos appellat *ministros consilii provincialis* & subdit: *Quis legatos umquam audivit sine senatusconsulto?* Et in *Lib.* 2. *in Verr.* vocat eos *sodales Prætoris*: *Sodales, viri fortes, Legati tui primo anno te reliquerunt: unus Legatus P. Tadius, qui erat reliquus, non ita multum tecum fuit.* Appianus *Lib.* 1. *bell. civ. Legatos Romani appellant, quos provinciarum rectoribus addunt, ut iis subsidio sint*: & Cæsar *Lib.* 2. *comment. Legatos* ait *fiduciariam operam obtigere*, & *Lib.* 3. *eos omnia agere ad præscriptum.* Et Cornel. Nep *in*
6 *Vita Attici* ait, *Legatum asseclam esse Prætoris. Adsessores* etiam erant ministri consilii provincialis, & socii quodammodo Præsidis: nam & ipsi adsidebant, hoc est, juxta sedebant in tractandis provinciæ negotiis, & omnia fere peragebant, quæ ad judicia, & juridicam & legitimam provinciæ administrationem attinebant. *L.* 1. *ff. de offic. adsess.* Plures erant adsessores, ut constat in jure nostro, plures & Legati. Tres Legatos Q. Fratris nominat Cicero loco supra allegato: tres etiam ad minus Legati Verris, ut modo diximus. Liv. *Decernunt frequentes, ut C. Sulpicius Prætor tres ex Senatu nominet Legatos.* Cicero Proconsul in Ciliciam quatuor duxit Legatos. Studiosi juris erant Adsessores *d. L.* 1. Inter Legatos Q. Fratris nominat Cicero Tuberonem, maximum eo ævo Jurisconsultum. Adsessores de publico salarium accipiebant, ut ex *L. diem functo ff. de off. adsess.* probant communiter DD. item & Legati, ut nominatim in rationibus Verris, quas supra attulimus. Neque mirum cuiquam videatur, quod Cicero semper Legatos eos nominet, numquam verò Adsessores: hoc enim verbum eo tempore non erat usu adeo protritum: & vix umquam eo usus est M. Tullius. Sanè in illa longissima oratione contra Verrem de jurisdictione Siciliensi, in qua judicia omnia Verris diligentissime expendit, & excussit, numquam Adsessorum mentionem fecit. Atque eo amplius, quod Verres de sua cohorte judices sæpenumero dabat, aut de ejus consilio judicabat. Ibi: *eum judicem, quem commodum erat, præconem, aruspicem, medicum suum dabat.* Et infrà: *Hæc copia, quam dico, judicum, cohors non Q. Scævolæ, qui tamen de cohorte sua dare non solebat, sed Caji Verris. Cujusmodi cohortem putatis hoc principe fuisse?* Et rursus: *hominem innocentem a C. Sacerdote absolutum de sententia scriba, medici, aruspicisque condemnat.* Nusquam autem queritur, quod Adsessorum consilio non fuerit usus. Puto igitur eo tempore Præsidibus Legatos à senatu fuisse datos adjutores publicorum negotiorum: sed cum quidam id munus detrectarent; ut de Attico testatur Cornelius Nepos *in ejus Vita*: quidam eos maximis controversiis extorquerent à Senatu: quidam etiam repugnante Senatu eos eligerent. Cic. *in Vatinium*: *Quis Legatos umquam audivit sine Senatusconsulto? ante te nemo, post continuo idem in duobus prodigiis Reip. Clodius*: & pro Sextio: *Quos Legatos non modo nullo S.C. sed etiam repugnante Senatu tute tibi legasti*: Puto, inquam, munus Legati desiisse paulatim, & in munus Adsessoris translatum, & pro Legatis secum duxisse Adsessores, quos ipsi Præsides eligebant: atque illis Alexandrum Severum salaria constituisse, seu ante ipsum Pescennium Nigrum, quâ de re infra. Jam verò ad alios 7
Comites progrediamur. Convictores nominat Cicero in laudata *epistola ad Q. Fratrem.* Hi & contubernales dicebantur, qui tamen in edicto Julii Cæsaris à Comitibus distinguuntur. Sueton. in *Cæsare c.* 42. *Sanxit ne quis Senatoris filius, nisi contubernalis, aut comes magistratûs peregrè proficisceretur.* Contubernales, id est, quos vocamus *Camerate.* Et huc referenda esse arbitror verba Ciceronis *Lib.* 2. *in Verr. ut quisque te maximè cognatione, affinitate, necessitudine aliquâ attingebat, ita maxime manus tua putabatur.* Hi nempe erant Verris convictores, & contubernales, quos Româ secum in Siciliam duxerat, scelerum, &

rapinarum adjutores, & administros.

Apparitores erant, qui magistratibus apparebant, hoc est, præsto erant ad obsequium, ut ait Servius ad illud *Virgilii Lib.* 12.

> *Hæ Jovis ad solium, sævique in limine Regis*
> *Apparent.*

Hoc nomen & officium comprehendebat Scribas, Accensos, Interpretes, Viatores, Præcones, Lictores, Servos publicos. *Accensi*, qui accire, & arcessere populum, aut concionem jubebantur, quod officium libertis conferri solebat, ut testatur Cicero in laudata epistola ad Q. Fratrem. *Scribæ*, qui rationes publicas, leges, acta omnia describant in tabulis.

9 Ad summam hoc sit constitutum, ex Comitibus componi cohortem prætoriam; cohortem autem nihil aliud esse, quàm id quod dicimus *Corte del Commissario*, *Corte del Principe*, Etrusco vocabulo à Latino deducto. Imò & ipsissimum Latinum: nam Latini illud aliquando contrahebant, & *chortem* dicebant pro *cohorte*. Sicut apud Latinos duplex erat hujus vocis significatio; nam & hominum collectionem significabat publicis negotiis inservientem, ut suprà dicimus, & locum in domo conclusum sub dio, ut cùm Martialis nominat *chortis aves*; sic & apud nos in utrâque significatione accipitur vox illa *Corte*. Etiam in jure nostro *Comites*, *& Cohors* in eamdem sententiam accipiuntur, ut apparet jungendo *l.* 1. *cum l.* 5. *ff. de Lege Jul. repetund.* In *L.* 1. *Lex Julia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu, potestate &c. cepit, vel cùm ex cohorte cujus eorum est.* In *L.* 5. *In comites quoque judicum ex hac Lege judicium datur.* Quamobrem Cic. in *l.* 2. in Verr. de Verris cohorte: *Quidquid ab horum quopiam captum est, id non modò tibi datum, sed tuâ manu numeratum judicari necesse est. Nam si hanc defensionem probabitis, non accepit ipse, licèt omnia de pecuniis repetundis judicia tollatis.*

Doctissimus Cujac. *Lib.* 7. *observat. c.* 22 10 in libris nostris semper *Comites* pro Assessoribus accipi affirmat. Id utrum verum sit, valdè dubito. Repugnat enim vehementer, quòd in laudatis modò Legibus traditum est. Primùm enim quis dixerit, cohortem comprehendere solos assessores? Cohortis nomen universam familiam continet. Præتereà cui poterit persuaderi, solos Adsessores teneri Lege Julia repetundarum? Annon & alii Comites in idem crimen possunt incurrere? In *L. eadem* 6. *ff eod. eâdem Lege tenetur, qui ob denuntiandum, vel non denuntiandum testimonium pecuniam acceperit.* Pertinet hoc ad officium Apparitoris, aut Accensi. Denuntiare enim testimonium est evocare aliquem, ut certo die compareat in judicio ad dicendum testimonium. Duo enim erant genera testium, voluntariorum, & eorum, quibus denuntiabatur testimonium: hoc est, qui in publicis judiciis vocabantur ad dicendum testimonium, quod, vellent, nollent, dicere cogebantur, postulante id accusatore. Vide Quinctil. *inst. orator. Lib.* 5. *cap.* 7. *in princ.* Plin. Cæcil. *Lib.* 6. *epistola ad Ursum & L. Lege Julia* 4. *& L. inviti* 19. *ff. de testib.* Qui autem hac de causa pecuniam acceperit, non solùm Lege Julia repetundarum tenetur, sed etiam Lege Cornelia *L. ult. ff. de concussion.* Confer amplius Leges quartam & quintam *ff. de Leg. Jul. repet.* In *L.* 4. agitur de iis, quæ pertinent ad officium Adsessoris, quæ recensentur in *L.* 1. *ff. de off. adsess.* At in Lege sequenti agitur de illis, quæ pertinent ad officium aliorum Comitum: & tam hi, quam illi eodem modo tenentur Lege Julia.

Non dissimile argumentum duci potest à *L. Lege Julia* 7. *in fine ff. ad Leg. Jul. de vi publ.* ibi. *Item quod ad legatos, oratores, comitesve atti.ebit, si quis eorum quem pulsasse, & sive injuriam fecisse arguetur.* Absurdum planè esset existimare aut solos Assessores posse pulsare aliquem eumve injuriâ afficere: aut eos solos teneri Lege Julia de vi, non autem alios Comites. Profectò stomacho sum imbecillior, quàm ut hæc concoquere possim. Quid? quod in *L. si quis*

forte 6. ff. de pœn. tradit Ulpianus, poteſtne reſtringi ad ſolos Aſſeſſores? In §. *ſi quos comitum* ait Ulpianus: *Si quos comitum, vel legati ſui reos proconſul invenerit, utrum punire eos debeat, an ſucceſſori ſervare, quæri poteſt. Sed multa extant exempla, quæ non tantùm officialium ſuorum, nec ſub ſe agentium, verum ſuos quoque ſervos pœnæ adfecerunt: quod quidem faciendum eſt, ut exemplo deterriti minùs delinquant.* Plura in hìs verbis ſunt obſervanda. *Primum*, quòd hic Ulpianus agit etiam de Comitibus Legati: atqui Legatum Proconſulis Aſſeſſores habuiſſe nuſquàm legimus. Porrò Alexander Severus nec Adſeſſores Proconſulum admodùm probabat, dicens eos eſſe promovendos, qui per ſe rempublicam gerere poſſent, non per Adſeſſores; ut refert Lampridius *in ejus Vita.* Præterea quis poteſt opinari in hac lege tribui facultatem Proconſuli puniendi ſolummodò ſuos, ſuique Legati Aſſeſſores, ſi ſervos etiam hæc diſpoſitio comprehendit, & uſque ad infimum genus hominum deſcendit? Tertio obſervanda ſunt illa verba *officialium ſuorum, nec ſub ſe agentium*, quæ omnes comprehendunt. Officiales erant Apparitores, aliique quorum miniſterio Præſes, vel qui poteſtatem habebat, utebatur ad exequenda decreta, res judicatas, edicta. Paulus. *Lib. 5. ſentent. tit. 12. de jure fiſci. Quoties ſine auctoritate judicati officiales alicujus bona occupant, vel deſcribunt, vel ſub obſervatione eſſe faciunt, adito Procuratore injuria ſubmovetur.* Agit hic de officialibus Procuratoris fiſci, qui ab Imperatoribus *Cæſariani* nuncupantur in *L. prohibiti 5. C. de jure fiſci.* Sed & Præſidum miniſtri officiales dicebantur, qui perpetui erant. *L. Præſidis 34 ff. de reb. cred.* ubi legendum: *qui*, non *quia*: non omnes enim officiales perpetui erant. Officium dicitur ab Ulpiano in *L. 1. in fin. ff. de quæſtion. Potes itaque decreti gratiam facere, & eum (ſervum) per officium diſtrahi jubere*: Officium enim pro officialibus ſæpe dicebant. In paſſione S. Mammertis: *Solusque Præſes cum ſuo officio illæſus remanſit.* Et in Vita SS. Agapis &c. *Videns ergo Præſes, ſe ab officio ſuo eſſe contemptum*: & infra: *dicam me ita ab officio meo ludibrio habitum. L. ſi plus 74 §. 1. ff. de evict.* juncta *L. ſi pigra 50. ff. eod. L. officia 4. C. de cohortal.* Sicut miniſterium pro miniſtris Paulus in *L. 4. §. quod ſi urbana ff. de pen. leg. Urbica miniſteria dicimus, & quæ extra urbem nobis miniſtrare conſueverunt.* Lamprid. in Commodo: *Patris miniſteria ſeniora ſubmovit, amicos ſenes abjecit.* Trebell. *in Claudio: Tantùm miniſteriorum quantùm nos ipſi nobis per ſingulas quaſque civitates decernimus.* Jam verò illa verba *ſub ſe agentium* poſſuntne eſſe magis generalia? Exempla quoque, quibus movetur Ulpianus, non pertinent ad Adſeſſores, ſed ad omnes. Certè Cicero cùm nuſquàm inter Verris Comites nominaverit Aſſeſſores, ait: *Si in hominibus eligendis nos ſpes amicitiæ fefellerit, ut vindicemus, miſſos faciamus.* Atqui hæc verba referuntur ad Volcatium, qui non erat Adſeſſor Verris. Et infrà acerrimè in Verrem invehitur, quòd in Volcatium non animadverterit. Præſides enim Comites delinquentes aut puniebant, aut dimittebant. Sueton. *in Neron. cap. 5.* de patre ipſius Neronis ait: *Siquidem comes ad orientem C. Cæſaris juvenis, occiſo liberto ſuo, quod potare, quantùm jubebatur, recuſaret, dimiſſus è cohorte amicorum nihilo modeſtius vixit.* Denique obſervandum, propoſitam in hac Lege quæſtionem minùs habere dubitationis in Aſſeſſoribus, quam in aliis Comitibus, quia Aſſeſſores, cùm ex ea provincia eſſe non poſſint *L. 3. ff. de Offic. aſſeſſ.* non debere ſervari ſucceſſori admodùm probabile eſt, eum abeunte Prætore aut Præſide ipſi quoque de provincia decedant. Ad alias Leges expendendas progrediamur.

In *L. Senatusconſulto 16. ff. de offic. Præſid. Senatus conſulto cavetur, ut de his quæ provincias regentes, comites aut libertini eorum, antequàm in provinciam venerint, contraxerunt, parciſſimè jus dicatur: ita ut actiones, quæ ob eam cauſam inſtitutæ non eſſent, poſteaquàm quis eorum eâ provinciâ exceſſerit, reſtituantur.* Quis poteſt dubitare, quin hoc Senatuſconſulto comprehendantur omnes Comites, cùm complectatur etiam liberti

nos? Quid causæ est, cur id tribuatur solis Assessoribus, non etiam aliis Comitibus, qui Præsidi ad regendam provinciam sunt necessarii, & reipublicæ operam impendunt? Rectè Cicero in aurea illa ad Q. Fratrem epistola Præsidi necessarios esse dicit Apparitores: sine his enim neque justitia, neque provincia potest administrari. Ergone his ministerium, quod reipublicæ præstant, debet esse damnosum? Observandum est enim, quòd hic non agitur de aliquo privilegio & lucro captando, sed de damno vitando & non amittendis actionibus. Num id minus merentur Apparitores, quam Assessores. Imo multò magis; nam multò facilius est Assessoribus etiam absentibus in judicio se defendere per procuratores, & actiones, quæ tempore perituræ sunt, intendere, quàm Apparitoribus. Neque quisquam putet, in Senatusconsulto Apparitores expressos fuisse nomine libertinorum, secundùm id quod à Cicerone traditur in laudata epistola: *non temerè, nisi libertis suis deferebant, quibus illi quidem non multo secùs ac servis suis imperabant.* Etenim ibi Cicero loquitur de Accenso, cujus munus erat multò dignius, & ideò libertis deferri solebat. Præterea id in usu fuisse refert apud majores, non autem tum temporis, & apparet ex toto verborum complexu, fratrem ejus hoc munus non detulisse libertis suis. Denique si quis non elegisset ad hæc officia libertos suos, vel quòd haberet, vel quod non haberet idoneos: num idcirco ejus. Apparitores frui non debuisse it hoc beneficio, quod non conditioni personarum, sed justissimæ absentiæ causæ tributum fuit? Ergone quòd liberti non essent, absentiæ suæ damnum pati debebant, & impensæ operæ in utilitatem, & commodum reipublicæ? Libertinos igitur adjecit Senatusconsultum, ut comprehenderet etiam eos, quos secum ducebant Præsides ad usum domesticum, & rem familiarem administrandam, de quibus Cicero in laudata epistola: *quos verò aut ex domesticis convictoribus, aut ex necessariis apparitoribus tecum esse voluisti.* Domesticos convictores appellat, quia domi simul cum Præside vivebant & pascebantur. Ac verisimile est, solitos fuisse ad domestica ministeria exercenda ducere libertinos; servis enim munia sordida, ac vilia committebant; libertinis digniora, & sæpenumero hac de causa servos manumittebant, ut iis ad hæc officia uterentur. Hinc sæpè in danda libertate onus imponebant præstandi operas patrono.

Occurrit modò explicandum Jurisconsulti responsum in *L. administrantes* 41. § *eorum ff. de excus. tut. Eorum, qui reip. causa absunt, comites, qui sunt intra statutum numerum, de tutela, quæ absentibus, aut profecturis delata est, excusantur.* Soline assessores excusantur à tutelis? Quid Præfecti? quid Medici? quid Haruspices? Ergone Romani, qui omnia auspicatò gerebant, indignos excusatione judicabant Haruspices? Sed res est procul ab omni controversia. Dilucidè enim id declarat. J. C. illis verbis: *comites, qui sunt intra statutum numerum.* Qui sunt isti? nempe omnes, qui non erant supra numerum statutum à legibus. Nimirum ne esset in facultate Præsidis, cuicumque libuisset, à publicis oneribus immunitatem præbere: & ne quicumque, vel negotii sui gerendi, vel oblectationis suæ, vel amicitiæ gratiâ cum Præside proficiscebatur, gauderet illis privilegiis, quæ absentibus Reipublicæ causâ tribuebantur, certus numerus Comitibus erat statutus. Valerianus Imperator in *epistola*, quam refert Trebellius in *Claudio: Sanè scias tantùm ei à nobis decretum salarii, &c. tantùm ministeriorum, quantùm nos ipsi nobis per singulas quasque decernimus civitates.* Et in alia epistola ad *Procuratorem Syriæ* decernit eidem Claudio *notarium unum, venatores duos, carpentarium unum, curatorem Prætorii unum, aquarium unum, piscatorem unum, dulciarium unum, balneatorem unum, coquum unum, mulionem unum.* En! qui sunt intra statutum numerum. Justinianus in *L. 1. §. & in officio 3. C. de offic. Præf. Prætor. Africæ. Et in officio quidem tuæ magnitudinis, nec non pro tempore viri magnifici Præfecti Prætorio Africæ trecentos nonaginta sex viros per diversa scrinia, & officia militare*

decernimus. In officiis verò Consularium ac Præsidum quinquaginta homines per singula officia esse sancimus. In *L. 2. C. de apparit. Procos. & Leg. Apparitioni tuæ, & legatorum quadringentos censuimus deputandos de his dumtaxat, quos esse sibi detractos reipublica membra non queruntur.* In *L. un. C. de apparit. Comit. Orient. In officio comitis Orientis non amplius, quàm sexcenti apparitores habeantur, quos quidem publicis necessitatibus novimus abundè suppetere.* Ergo non infinita facultas dabatur, quotcumque vellent, Apparitores habendi, sed eos dumtaxat, qui necessitatibus publicis possent sufficere. Hinc Cicero vocat eos necessarios Apparitores. Nec poterant eligi, qui alicui ministerio reipublicæ erant addicti. *d. L. 1.* Quamobrem vel ad ærarium deferri vel in commentarium Principis referri debebant, ut gauderent privilegiis eorum, qui reipublicæ causa aberant. *L. abesse 32. ff. ex quibus caus. major.* Qui erant supra statutum numerum, illis non gaudebant, quia navare operam reipublicæ non videbantur.

Supersunt aliæ duæ Leges, in quibus agi de Assessoribus non improbabiliter dici potest. Prima est *L. 4 ff. de Assess.* Glossa ibi *Comites* exponit *Assessores*, de quibus agitur in eo titulo. Sed in his, quæ pertinent ad antiquitatem, & reconditarum literarum cognitionem, Glossa parum habet auctoritatis. At consentit Cujacius. Et quidem tanti viri auctoritas ipsa me frangeret. Sed cum semper in jure nostro Comitum nomine intelligendos esse solos Assessores sine ulla hæsitatione pronunciaverit, quod falsum esse hactenùs demonstravi; non existimo temerarium esse, ab ejus sententia etiam in hujus Legis explicatione recedere. Itaque non sum alienus à sententia Joannis & Angeli, qui etiam hìc omnes Comites putant comprehendi. Quid enim causæ est, cur verbum generale ad solos assessores restringamus? Nempè quia in hoc titulo de assessoribus agitur. Sed quid prohibet etiam de aliis Comitibus agi, si in illis eadem sit ratio, idemque jus constitutum? Si verba generalia Legum ad rubricam, cui subjecta sunt, semper restringere velimus, & explodere ea omnia, quæ ab ea aliena, non modicam partem juris civilis expungemus. Quod autem etiam hac Lege alii Comites præter Assessores comprehendantur, probari potest per *L. Sed addes. 19. §. cum quidam ff. Locat.* „ *Cum* „ *quidam exceptor operas suas locasset, dein-* „ *de is, qui eos conduxerat, decessisset, Im-* „ *perator Antoninus cum Divo Severo rescrip-* „ *sit ad libellum exceptoris in hac verba: cum* „ *per te non stetisse proponas, quominus loca-* „ *tas operas Antonio Aquilæ solveres, si eo-* „ *dem anno mercedes ab alio non accepisti,* „ *fidem contractus impleri, æquum est.* Subinde Ulpianus ad confirmandum hoc imperatorum rescriptum, subjicit responsum Papiniani de Comitibus, quod habetur in nostra *L. 4. ff. de assess.* per eadem verba. Hinc apparet, quod illud Papiniani responsum de Comitibus pertinet etiam ad Exceptores.

Exceptores erant Apparitores, & de cohorte prætoria. Erant enim Scribæ, qui excipiebant, & scribebant verba, & dicta loquentis eâ celeritate, ut velocitatem dicentis assequerentur. Notis enim quibusdam utebantur, quæ σημεῖα à Græcis, hoc est, signa vocantur. Ea invenisse Ciceronem refert Plutarchus: Mæcenatem Dion Cassius. Harum notarum, & signorum, quæ *siglas* dicebant, meminit Justinianus in *L. ult. §. eadem pœna 22. C. de veter. jur. enucl.* Ab his notis dicebantur etiam *Notarii.* Titus Imperator in hac arte erat exercitatus in primis. Sueton. *in ejus Vita cap. 3. E pluribus comperi, notis quoque excipere velocissime solitum, cum amanuensibus suis per ludum jocumque certantem imitari chirographa, quæcumque vidisset: ac profiteri sæpè, se maximum falsarium esse potuisse.* Hi autem Exceptores scribebant acta judicum, & acta Præsidum. Modestin. in *L. inter eos 33. §. 1. ff. ex quib. caus. major. Eos, qui notis scribunt acta Præsidum, reipublicæ causa non abesse, certum est.* Anastasius Imper. in *L. in sacris scriniis 12. §. modum. C. de prox. sacr. scrinior. Jubemus pro editione actorum exceptoribus dimidiam solidi partem dari.* In 11

L. ult. §. ult. C. de Caſtrenſ. & miniſterian. Advocato quoque fiſci, exceptoribus etiam, qui apud arbitros hoc utuntur officio, tertiam duntaxat ſolidi partem præbituros. Legebant præterea acta Præſidibus. D. Auguſtin. *contra Creſcon. Lib. 5. cap. 29. Legantur acta. Zenophilus Conſularis dixit : Legantur ; & legit N. exceptor ea, quæ Diocletiano imperante acta fuerant.* Quocircà dicebantur etiam *ab actis*, hoc eſt, Actuarii. Sueton. *in Julio cap. 55. Orationes aliquas reliquit, inter quas temerè quædam feruntur : ut pro Q. Metello, quam non immerito Auguſtus exiſtimat magis ab actuariis exceptam, male ſubſequentibus verba dicentis, quam ab ipſo editam.*

Erant ergo Exceptores Actuarii, Notarii, Scribæ. Scribæ autem erant inter Comites Præſidis, & in cohorte prætoria : erant enim ex Apparitoribus. Cic. *Lib. 3. in Verrem. de ſcriba ipſius Verris, cui quinquageſima deducta erat ex pecunia, aratoribus ſolvenda pro frumento. Sin autem & populus id voluit, & æquum eſt ſolvi aratoribus, tuus apparitor parva populi mercede conductus prædabitur?* Et infrà. *Quæ in civitate C. Catoni, clariſſimo viro, conſulari homini* HS. XVIII. *millibus lis æſtimata ſit ; in eadem civitate apparitori tuo eſſe conceſſum, ut HS. uno nomine tredecies auferret?* Alii legunt *quatuordecies*, tanti enim erat quinquageſima, quam Scriba Verris deduxerat. Scribam etiam comparat aliis Apparitoribus. *Quamobrem enim ſcriba deducat, ac non potius mulio, qui advexit? tabellarius, cujus adventu certiores facti petiverunt? præco, qui adire juſſit? viator, ac Venerius, qui fiſcum ſuſtulit?* Erant enim Scribarum Decuriæ, ex quibus Scribæ Magiſtratuum deſumebantur : & Præſidum Scribæ rationes conficiebant, ut apparet ex hac oratione, & maximè ex epiſtola ejuſdem Ciceronis *Lib. 5. ad fam. epiſt.* 20. quæ tota eſt de rationibus confectis à M. Tullio Laurea Scriba Ciceronis. Decuriam autem emebant, ut in eam referrentur, ſicuti emebantur aliæ militiæ, de quibus alibi diximus. Id. Cic. *in ead. Orat. Noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum bonis, ac de ſcenicorum corollariis cum decuriam emerunt, ex primo ordine exploſorum in ſecundum ordinem civitatis ſe veniſſe dicunt.* Sugillat hîc Scribam Verris, quem ipſe in concione annulo aureo donaverat. Secundus enim ordo civitatis eſt equeſter, ad quem non pauci Scribæ perveniebant.

Hoc videntur fuiſſe deterioris conditionis Exceptores Scribis, qui rationes conficiebant: quod hi ſalarium habebant à publico. Cic. ſuprà : *tuus apparitor parvâ populi mercede conductus.* Exceptores autem non ſemper id conſequebantur, ut conſtat ex *L. exceptores C. de numerar.* Nimirùm quia multi non erant adſcripti militiæ, ſed in provincia, hujus erant, hoc munere fungebantur. Cæterùm quod Exceptores etiam ſalarium à publico perciperent, & ſcholam haberent, & ordine promoverentur ad primiceriatum ſeu principatum ſcholæ & officii, probant evidenter. *L. 1. §. in ſchola exceptorum C. de offic. Pref. Africa. L. ult. C. de apparitor. Pref. Prætor. L. 2. C. Theodoſ. de numer. & actuar.* & hoc ſalarium gaudebat prærogativa caſtrenſis peculii *L. ult. C. de caſtrenſ. pecul. mil. & prefect.* Sed de ſalario infrà dicemus.

Supereſt *L. 1. §. ſed. etſi comites ff. de ex-* 12
traord. cogn. Sed etſi comites ſalarium petant, idem juris eſt, quod in profeſſoribus placet. Non intelligo, cur reſtringi debeat ad ſolos Aſſeſſores. Non eſt id quidem improbabile propter comparationem profeſſorum : ſed tamen neceſſarium non eſt. Neque enim comparat Comites profeſſoribus quoad exercitium & munus : ſed quoad cognitionem cauſarum. Videlicet, quod quemadmodum Præſes cognoſcit de cauſis profeſſorum, de quibus hactenus dixerat ; ita cognoſcit de cauſis Comitum : non quod eadem omninò ſit in utriſque ratio : ſed quod idem modus cognoſcendi in utriſque ſervatur. Nam & de nutriciis idem extra ordinem jus dicit. *d. l. 1. in fin.* & de uſu aquæ, & de rivis, & de equis alienis à ſciente poſſeſſis *l. 2. ff. eod.* & in multis aliis cauſis, quas generatim attingit Calliſtratus in *l. 5. eod.* Quæ nihil commune habent cum profeſſoribus, & Aſ-

sessoribus. Hoc amplius, si etiam iis, qui non sunt professores extra ordinem jus dicit, ut ludimagistris, librariis, notariis, tabulariis *d. l.* 1. *§. Ludi quoque*, cur non & Comitibus? Annon etiam inter Comites sunt librarii, notarii, & tabularii? Ergone jus dicet cæteris, non iis, qui sunt ex cohorte prætoria? Ecquid causæ est, cur dicere debeat jus nutricibus, & tot aliis, qui sunt omnino diversi generis, non autem suis Comitibus, quos ipsi respublica dedit adjutores publicorum negotiorum? Ita describit eos Cicero in *laudata epist. ad Q. Fratrem.* Quid Medici? Quid Haruspices? an erunt deterioris conditionis illi, qui sunt in ministerio Præsidis, quàm cæteri omnes, qui privatis locant operas suas. Porro in laudata *L.* 1. in antecedenti §. 7. excluduntur solùm opifices, seu artifices artium, quibus propriè merces debetur; de mercedibus autem non cognoscit Prætor aut Præses, sed solum de salariis *l. qui mutuam* 56. §. *salarium ff. mand. l.* 1. *C. eod. l. creditor* 12. §. *inter venditorem. ff. de Act. Empti.* Comitibus autem salarium debetur: & ideò extraordinaria cognitione peti debet.

13 Expositis cunctis Legibus, quæ ad Comites pertinent, de eorum salario pauca subjiciamus. Cic. *Lib.* 5. *ad Attic. epist.* 10. *Adhuc sumptus nec in me aut publicè aut privatim, nec in quemquam comitum. Nihil accipitur Lege Julia: nihil ab hospite: persuasum est omnibus meis, serviendum esse famæ meæ.* Legem Juliam tulit Julius Cæsar Consul cum Bibulo anno DCXI. quâ inter alia cautum erat, ut Præsidibus, & eorum Comitibus fœnum, & alia iter facientibus necessaria ministrarent. Idem Cic. *epist.* 16. *ejusd. lib. Levantur tamen miseræ civitates, quod nullus fit sumptus in nos, neque in legatos, neque in quæstorem, neque in quemquam. Scito, non modo nos fœnum, aut quod Lege Julia dari soles, non accipere, sed ne ligna quidem, nec, præter quatuor lectos & tectum, quemquam accipere quidquam: multis locis ne tectum quidem, & in tabernaculo manere.* Et *epist.* 21. *Cave putes quidquam homines magis unquam esse miratos, quàm nullum teruncium, me obtinente provinciam, sumptûs factum esse, nec in Rempublicam, nec in quemquam meorum, præterquam in L. Tullium Legatum: is, cæteroqui abstinens, sed Julia Lege transita, semel tamen in diem, non ut alii solebant, omnibus vicis; præter eum semel, nemo accepit.* Respublica enim magistratibus in provinciam proficiscentibus subministrabat mulos, tabernacula, supellectilem, annonam. Cic. in *Agrar. contra Rullum.* 11. *Dat præterea potestatem verbo prætoriam, &c. deindè ornat apparitoribus, scribis, librariis, præconibus, architectis: præterea mulis, tabernaculis, centuriis, supellectile: sumptum habuit ex ærario, suppeditat à sociis, &c.* Deinceps. *Quid me ista lædunt, scriba, lictor, præco, pullarius?* Hi erant de cohorte prætoria. Quoad tabernacula idem Cicero in *Pison. prope finem: Pellium nomine omnem quæstum illum domesticum, paternumque renovasti.* Quæstor enim ex ærario pecuniam accipiebat, tum etiam à provincialibus tributorum, & vectigalium nomine exigebat. Prætor autem per mancipes ea omnia suppeditabat tum sibi ipsi, tum suis Comitibus, tum etiam militibus, quibus militaris annona dabatur. Cic. *eod. loco.* objurgat Pisonem, quod pecuniam acceptam ab ærario Romæ in quæstu reliquisset. *Nonne sestertium centies, & octogies, quod quasi vasarii nomine, in venditione mei capitis adscripseras, ex ærario tibi attributum, Romæ in quæstu reliquisti.* Hanc pecuniam per suum Scribam Prætor in rationes referebat; quas ex Lege Julia in duabus civitatibus ejus provinciæ, quam administraverat, perscriptas relinquere tenebatur, & Romæ reversus ad ærarium referre. Et post relatas rationes intra mensem deferre etiam nomina Comitum, & contubernalium. Cic. *in epist.* 20. *lib.* 5. *Liberum enim mihi tempus ad eos deferendos existimabam dari: postea certior sum factus, triginta diebus deferri necesse esse, quibus rationes retulissem.* Et paulo ante: *Scito à me & tribunos militares, & præfectos, & contubernales duntaxat meos delatos esse.* Contubernales, seu Comites duntaxat suos se detulisse profitetur, non tribunorum: nam & ipsi

& ipsi Comites habebant. Hæc lucem afferunt responso Modestini in *l. abesse* 32. *in fin. ff. ex quibus caus. major.* ibi : *qui ad ærarium delati*, *aut in commentarium principis relati sunt.* Delati ad ærarium Comites magistratuum dicebantur, qui ab ipso magistratu deferebantur : hoc enim verbo propriè utebantur, ut ex superioribus Ciceronis verbis apparet. Relati in commentarium principis, qui in eo describebantur, quod nos dicimus, *mettere*, *è scrivere al ruolo del Principe.* Delati autem in ærarium quibusdam beneficiis fruebantur, de quibus infrà. Hinc etiam intelligimus ejusdem J. C. responsum in *l. seq.* §. 1. id enim exponi debet de Comitibus, qui non sunt ad ærarium delati. Horum exemplum apud Ciceronem *lib.* 1. *in Verrem. Accepi vicies ducenta*, *triginta quinque millia quadringentos XVII. nummos*: *dedi stipendia*, *frumenta*, *legatis*, *proquæstoribus*, *cohorti prætoria HS. mille sexcenta*, *triginta quinque millia*, *quadringentos XVII. nummos* : *reliqui Acimini HS. sexcenta millia.* Sed hoc exemplum singulare fuit, & acriter à Cicerone reprehensum. Olim igitur supellex & annona Præsidibus ejusque Comitibus suppeditabatur. Lamprid. *in Alexandro Severo. Judices cum promoveret exemplo veterum*, *ut & Cicero docet*, *& argento*, *& necessariis instruebat* : *ita ut Præsides provinciarum acciperent argenti pondo vicena*, *phialas senas*, *mulos binos*, *equos binos*, *vestes forenses binas*, *domesticas singulas*, *balneares singulas*, *aureos centenos*, *coquos singulos*, *&*, *si uxores non haberent*, *singulas concubinas &c. reddituri deposita administratione mulas*, *mulos*, *muliones*, *& coquos* : *cætera sibi habituri*, *si bene egissent* : *in quadruplum reddituri*, *si male.* Morem igitur veterem renovavit Alexander, nisi quod vasario & salario veteri addidit stipendium. Idque deinceps fere semper fuit ab Imperatoribus usurpatum, ut patet ex epistolis Valeriani apud Trebellium *in Claudio*, de quibus supra mentionem fecimus, & ex aliis scriptoribus Historiæ Augustæ. Primus Augustus, cum antea locarentur mancipibus ea, quæ Præsidibus publicè attribuebantur, *auctor fuit*, *ut proconsulibus ad mulos*, *& tabernacula*, *quæ publicè locari solebant*, *certa pecunia constitueretur.* Sunt verba Suetonii *in Augusto. cap.* 36. Posteà Pescennius Niger ad Antoninum, & Commodum scribens consuluit, ut adderent consiliariis salaria, ne eos gravarent, quibus assidebant : dicens, Judicem nec dare debere, nec accipere. Ita Spartianus *in Pescennio Nigro.* Dubitandum tamen, an hujusmodi consilium valuerit apud eos Imperatores : nam Lampridius hoc tribuit Alexandro *in ejus Vita* : *Assessoribus salaria instituit*, *quamvis sæpè diceret*, *eos esse promovendos*, *qui per se rempublicam gerere possent*, *non per assessores.*

His efficitur tam Comites, quam Præsides 14
ipsos salarium, & omne lucrum à publico percepisse. Id autem primum vasarii nomine percipiebant, & cibariorum. Cic. *Lib.* 4. *in Verr. Neminem*, *qui cum potestate*, *aut legatione in provinciam esset profectus*, *tam amentem fore putaverunt*, *ut emeret argentum* : *dabatur enim de publico* : *ut vestem*, *præbebatur enim legibus* : *mancipium putaverunt*, *quo & omnes utimur*, *& non præbetur de populo.* Et supra ex Lampridio probavimus. Id. Cic. in laudata *epist.* 10. *debes existimare eo minus ad te*, *vel de tuis cibariis*, *vel de mea liberalitate pervenisse.* Cibaria dixit Cicero : nostri annonam vocant. Annona autem comprehendit panem, carnem, oleum, vinum, sal, aliasque species, quas vocabant species cellarienses, hoc est, quæ ex cella penaria promebantur. Item *capitum*, hoc est, pabula animalium, de quibus omnibus in toto *tit. C. Theodos. de erogat. milit. annon.* Pro his speciebus poterant & pretium juxta fori nundinationem accipere *L. procuratores* 31. *C. Theod. de erog. milit. annon.* Lucellum hoc dicitur à Catullo in epigr. supr.

Ecquidnam in tabulis datur lucelli
Expensum ? ut mihi qui meum sequutus
Prætorem refero datum lucello.

Erat & aliud lucellum, quod vel à volenti-

bus provincialibus, ipsis impertiebarur, vel permissu Prætoris ab ipsis exigebant, vel ex sua negotiatione percipiebant. Cic. *Lib. 3. in Verr. Age, quid tum? Si Apronio, deliciis Prætoris, lucelli aliquid jussi sunt dare, putate Apronio datum, si Apronianum lucellum, ac non prætoria præda vobis videbitur.* Probat deinceps, tam immanem summam, non Apronii lucellum esse potuisse, sed prædam Verris Prætoris socios expilantis, & provinciam diripientis. Catullus, qui Memmium Prætorem in Bithyniam secutus erat, distinguit id, quod de publico acceperat, ab eo, quod in provincia natum dicitur: & queritur, neutro se locupletatum. Nam cum provinciales Memmium odissent, non pili faciebant ejus cohortem. Præsertim verò, quia Prætor ipse quæstum facere volebat, adeoque mala provincia inciderat Catullo. Quare Romam reversus Prætor, à Cæsare fuit postulatus repetundarum. Itaque Prætores avari, qui omnia sibi arrogabant, aut nihil, aut minimum lucelli Comitibus & cohorti relinquebant. Itaque etiam Pisonis cohors à Catullo inanis dicitur, quia cum Piso provinciales vexasset, & provinciam exhausisset, ut refert Cicero in *Pison. prope fin.* non cum quæstu compendioque dimissa est: nec quicquam à provincialibus abradi potuit, cum ipse Prætor immodicum honorarium extorsisset. Cic. *Qui modus tibi fuit frumenti æstimandi? qui honorarii? Siquidem potest vi & metu extortum honorarium nominari.* Igitur Provinciales honorarium Prætori, aliquid etiam lucelli cohorti ejus attribuere solebant.

15 Tertio Romam reversi cum à Prætore, vel Præside ad ærarium delati fuerant, ex eo beneficia accipiebant. Cic. in sæpe laudata *epistola ad Rufum. Quod scribis de beneficiis, scito a me & tribunos militares, & præfectos, & contubernales dumtaxat meos delatos esse.* Et paulo post. *Sane moleste tuli, non illa beneficia tua potius ambitioni reservata esse, quam mea, qui ambitione nihil uterer.* Et infrà: *genus enim horum beneficiorum definitum lege non erat.* Beneficia hæc puto fuisse vacationes, quæ à fisco solvebantur. *Tacit. Lib. 1. Histor. Sed Otho ne vulgi largitione centurionum animos averteret, fiscum suum vacationes annuas exsoluturum promisit: rem haud dubie utilem, & à bonis postea Principibus perpetuitate disciplinæ firmatam.* Et non multo post de Vitellio. *Vacationes centurionibus ex fisco numerat.* Hæc beneficia dicuntur solatia in *L. quatuor 23. C. Theod. de palatin. sacr. largitionum.* Sunt autem solatia, seu beneficia, quæ solvuntur ex officio exeuntibus, non stipendii causâ, sed remunerationis ob gestum officium, vel ab Imperatore in die aliquo solemni beneficentiæ, ac liberalitatis ergo donantur, quæ proprie vocabant strenas, nos *mance. In L. 4. §. 1. C. de advoc. diversor. judicum.* dicuntur *puncti solatia*, nempe munuscula, quæ solebant largiri imperatores, quæ notata erant in scriniis Præfecti Pratorio. A punctis enim derivatum est *expungere*, & *dispungere*, quod significat rationes putare & pariare, seu pares facere, ac delere *L. in omnibus 13. §. 1. ff. de divers. temp. præscr. L. si statu libera ff. de statu lib. L. complures ff. de reb. aut. jud. possid.* & stipendia expungere est privare militem stipendiis *L. ex causa ff. de re militari.* Et expungere nomen debitoris: delere nomen. Plaut. in *Cistell.*

Nunc, quod reliquum restat, volo persolvere,
Ut expungatur nomen, ne quid debeam.

Contrarium *purgere* erit, in rationes referre: quod tamen non est in usu. Erat tamen usitatum nomen puncti: *puncta* enim dicebantur suffragia singulorum civium in comitiis, quia punctis notabantur. Cic. in 2. *Tuscul.* & in *orat. pro Plancio*, & *pro Murena.* Hinc Horat. in *art. poet.*

Omne tulit punctum, qui miscuit utile dulci.

Sed ad solatia revertor. Erant igitur munuscula, quæ conferri solebant iis, qui dimittebantur, aut promovebantur, ob bene navatam operam reipublicæ, quæ & beneficia

dicebantur. Utitur hoc verbo non in dissimili casu, id est, tutelæ, Callistratus in *L. à tutoribus* 33. §. *ult. ff. de admin. tut.* Idem verbum in *L.* 5. *C. de agent. in reb.* ubi statuitur, hæc solatia transire ad successores, si per mortem vacaverit officium: & in *L. ult. C. de silentiar.* ubi peculii castrensis jus eis confertur: Etruscè dicimus *paraguanto.* Hinc dicti Beneficiarii. *Tert. Beneficiarii, qui muneribus vacabant beneficio.* Vegetius tamen inter milites beneficiarios ait esse illos, qui beneficio tribunorum promovebantur, qui & Promoti dicebantur, ut in *C. Theodos.* Sed ad rem nostram. Habemus beneficiarios Præsidum, Proconsulum, & aliorum Magistratuum, qui ipsis apparebant, & quorum ministerio utebantur in perquirendis reis, qui & officiales dicebantur, ut constat ex duobus edictis Maximini relatis ab Eusebio.

16 Hæc paulo uberius exposuimus, tum ut Leges juris nostri ad Comites pertinentes, non admodum accuratè à nostris explicatas, declararemus: tum ut propositam controversiam & disceptationem de hypotheca & prælatione dirimeremus. Etenim à qua Lege, aut in cujus bonis hæc hypotheca fuit usquam in jure nostro constituta? Nulla Lex est, quæ Comitibus hanc tribuat hypothecam: ac ne vestigium quidem ullum; vel minimum hujus hypothecæ apparet in toto jure civili. Nulla sunt bona, in quibus hæc hypotheca potuerit à jure constitui. Sola Legis auctoritate tacitum, ac legitimum pignus inducitur: & quia plerumque contra voluntatem domini inducitur, Leges in eo concedendo valde restrictæ fuerunt. Tribuit Lex hypothecam in invectis, & illatis in prædium urbanum à conductore, sed ex tacita, ac præsumpta conventione contrahentium *L.* 4. *ff. de pact.* quasi id tacite convenerit inter locatorem, & conductorem *L.* 4. *ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* Cum enim solerent locatores in locatione domorum sibi cavere de invectis, & illatis, Lex hanc consuetudinem quotidianam confirmavit, & statuit competere hanc hypothecam, etiamsi de eâ nominatim non convenisset; quia quæ moris sunt, & consuetudinis, in contractibus bonæ fidei habentur pro expressis *L. quod si nolit.* 31. §. *quia assidua* 20. *ff. de adilit. edict.* Et cum dubitaretur, an in provinciis idem jus obtineret, Justinianus ad eas extendit in *L. ult. C. in quibus caus. pign. tacit. contr.* idque non sine causa: *tali enim*, ut ipse ait, *justa præsumptione omnes nostros perpotiri declaramus.*

Fiscus quoque habebat tacitam hypothecam *l. aufertur* 46. §. *fiscus ff. de jure fisci l.* 3. *C. de privileg. fisci.* eademque Cæsari tributa fuit. *l.* 6. *in fin. ff. eod.* Sed utrique propter publicam utilitatem, ut onera publica sustinere possint, & armis tueri rempublicam, & pacis artes promovere. Veteres enim parcissimi fuerunt in largienda hypotheca, cum id vergat in præjudicium aliorum creditorum, & nonnisi gravissima de causa concedebant. Justinianus fuit aliquanto liberalior, eamque doti concessit *l. in rebus* 30. *C. de jure dot.* §. *fuerat. Inst. tit. de act. l. un.* §. 1. *C. de rei. uxor. act.* sed in hac publica causa versatur *L.* 1. *ff sol. matr.* & legatariis, quæ nemini tamen præjudicium affert. *l.* 1. *C. commun. de legat.*

Sed neque veteres, neque ipse Justinianus 17
tacitam hypothecam cum prælatione Comitibus usquam dederunt. Nec ulla erant bona, in quibus hypotheca legitimè, ac rectâ ratione constitui posset. Cum enim de publico, ac de ærario salaria Comitibus essent attributa, numquid in pecunia ipsius ærarii, aut in publicis vectigalibus hypotheca erat constituenda? At hoc neque ratio, neque publica utilitas patiebatur. Fiscus enim habet tacitam hypothecam cum prælatione in bonis suorum debitorum: non contra, creditores eam habent in bonis fisci. Poterat eis dari in bonis mancipum, qui salaria Comitibus suppeditanda redimebant. Sed in his tacitam hypothecam habebat fiscus, non Comites: neque enim Comites cum mancipe contrahebant, sed quæstor: nec manceps Comitibus, sed quæstori, ac fisco, seu ærario publico obligabatur. *l. ult. C. quo quisque ordine.* Maximo argumento est, quod cum primipilo impositum esset onus solvendi sa-

laria, & annonas militibus, non solum ejus omnia bona erant tacitè obligata, sed etiam, quod est omnino singulare, dos uxoris, & filiorum bona, etiamsi parentum non sint hæredes. *l. ult. C. de primip. L. Satis notum C. in quib. cauf.* Sed non sunt obligata ipsis militibus, sed fisco. *Laudd. LL.* Si salarium militum armatæ militiæ, in qua reipublicæ salus continetur, non habet hoc privilegium, multò minus habere debent milites togatæ militiæ Præsidis, hoc est, Comites pro suo salario.

18 At enim, aïebant advocati Comitum, de salario Comitum cognoscit extra ordinem ipse Præses, sicut de salario professorum *l. 1. §. Sed etsi comites ff. de extraord. cog.* Salarium Comitum habet jus castrensis peculii *l. ult. C. de castrens. pecul. omn. palat.* Etiam diem functo Præside salarium residui temporis debetur *l. diem functo 4. ff. de assess.*

Sed quid hæc omnia commune habeant cum hypotheca & prælatione, non intelligo; Cognoscit extra ordinem Præses ac Prætor & de usu aquæ, & de medico, qui morbum protrahendo compulit ægrum ad vendendam sibi possessionem *l. 2. & 3. ff. de extraord. cogn.* Num idcirco ex his causis competit hypotheca, aut datur prælatio? De multis aliis causis extra ordinem cognoscitur, ut in *d. tit.* habetur, pro quibus non datur hypotheca. Jus castrensis peculii cum hypotheca conjunctum esse nusquam legimus. Etiam donatio Principis habetur pro castrensi peculio *l. cum multa 7. C. de bon. quæ lib.* & tamen nusquam legimus, pro ea dari tacitam hypothecam. Jus castrensis peculii in eo positum est, ut filiofam. in totum acquiratur §. 1. *Instit. tit. per quas pers. cuique acquir. l. 3. C. de castr. pecul. milit.* & quod in eo pro patrefam. habeatur *l. 2. ff. de S. C. Maced.* non in eo, quod habeat hypothecam, quæ nullâ Lege ei datur. Denique quod diem functo Præside Comitibus residui temporis salarium debeatur, nihil ad hypothecam. Annon æquum erat, ut qui Româ proficiscebantur ad Præsidem adjuvandum in publicis negotiis, & sua ipsi negotia, & lucra deserebant, totius temporis salarium perciperent, si non aliis eo tempore Comites fuerint? *d. l. diem functo ff. de assess.*

CAPUT II.

Ad Easdem LL.

SUMMARIUM.

1 *Secunda Comitum classis Imperatorem extra urbem sequentium.*
2 *Inter hos præcipui contubernales, qui & amici & familiares: ac Comites intra palatium.*
3 *Comites intra Consistorium, sive Consistoriani, quos imperator consulebat.*
4 *Consistorii locus, ubicumque Princeps cum Consistorianorum consilio pronunciat.*
5 *Comitum ingens numerus: in tres classes distributus.*
6 *Comites etiam distributi in varios ordines officiorum.*
7 *Comes dispositionum: alii Comites.*
8 *Comes scholarum, qui palatium custodiebat.*
9 *Hypotheca nulli concessa.*
10 *Comes sacrarum largitionum, Comes rei privatæ.*

HActenus prima Comitum classis. Sequitur secunda eorum, qui Imperatorem 1
vel Româ proficiscentem, ac peregrinantem, vel in expeditionibus comitabantur. Hi dicebantur Comites Imperatoris: aliquando etiam amici: aliquando amici & Comites, seu amici vel Comites. Horum consilio atque ope rempublicam administrabant, rescribebant de jure, causas judicabant, necessaria quæque expediebant. Sueton. *in Tito cap. 7. Convivia instituit jucunda magis, quam profusa. Amicos elegit, quibus etiam post eum Principes, ut & sibi, & reipublicæ necessariis acquieverunt, præcipueque sunt usi.* Memorat ante convivia, ut puto, quia amicos hosce in contubernium adsciscebant. Lampridius *in Adriano: Optimos quosque de Senatu in contubernium imperato iæ majestatis adscivit.* Quemadmodum etiam Præsides amicis, & Comitibus utebantur convictoribus Cic. *epist. 1. ad Q. Fratrem: Quos verò aut ex domesticis convictoribus, aut ex necessariis apparitoribus tecum esse voluisti.* Hos

appellat contubernales *in epist. 10. lib. 5. Scito à me & tribunos mil. & præfectos & contubernales duntaxat meos delatos esse.* Igitur etiam amici Comites erant: Sed amici utebantur contubernio Imperatoris, & con-
2 vivebant: alii Comites non item. Ideo fere semper junguntur *amici*, & *Comites*; sed primo loco amici nominantur, quia familiares Imperatoris & contubernales. Spartian. *in Adriano*: *Cum judicaret, in consilio habuit non amicos solum suos, & comites: Sed etiam Jurisconsultos, & præcipuè Julium Celsum*, &c. Lamprid. *in Alexandro*: *injuriam nulli umquam amicorum, comitumve fecit.* Familiares etiam dicebantur. Spartianus *in Trajano*, ubi de Adriano scripsit: *Post quæsturam acta Senatus curavit, atque ad bellum Dacium Trajanum in familiaribus secutus est; quandoquidem & vino indulsisse se dicit Trajani moribus obsequentem*, ut doctè corrigit Salmasius. Cæterum etiam Consules habebant suos contubernales. Cic. *pro P. Syll. Lucius ille Torquatus cum esset meus contubernalis in consulatu.* De Præsidibus non potest dubitari. Id: *pro Cælio*: *Profectus est in Africam Q. Pompeio contubernalis*: Idem *pro Planco*: *Adolescentulus cum A. Torquato profectus est in Africam*: *Sic ab illo dilectus est, ut & contubernii necessitudo, & adolescentuli modestissimi pudor postulabat.* & in Bruto: *Qui se illi contubernalem fuisse dicebat.* Sueton. *in Cæsare cap. 2. Stipendia prima in Asia fecit M. Thermi Prætoris contubernio*: *a quo ad arcessendam classem in Bithyniam missus, &c.* In veteribus inscriptionibus fit mentio Comitum intra palatium, & Comitum intra consistorium. Comites intra palatium erant Comites contubernales, seu amici Imperatoris, qui in palatio habitabant.

3 Comites intra consistorium erant, qui in consistorio Principi adsidebant. Consistorium erat Synedrium seu consessus Imperatoris, unde qui in consistorio adstabant imperatori, consistoriani dicebantur. *In L. 5. C. Theodos. de fide test. & instrum. Pars actorum habitorum in consistorio adstante Jovio viro clarissimo Quæstore*: *Anatolio Magistro officiorum*: *Felice Comite S. L. Imperator Julianus A. dixit.* Et in *L. 8. eod. Pars actorum habitorum in consistorio apud Imperatores Gratianum, & Valentinianum.* Consulebat consistorianos Imperator, ipse autem decernebat: ut apparet in his Legibus, & in *l. 2. C. de excusat. muner. Inductis* (hoc est in consistorium) *Firmino & Apollinario, & cæteris principalibus Antiochiensium adstantibus Sabinus dixit*, & cætera *Diocletianus dixit.* In L. *decurionum 12. C. de pœn. Impp. Diocletianus & Maximianus A. A. in consistorio dixerunt. Decurionum filii non debent bestiis subjici. cumque à populo exclamatum esset, iterum dixerunt: vanæ voces populi non sunt audiendæ; nec enim vocibus eorum credi oportet, quando aut noxium crimine absolvi, aut innocentem condemnari desiderant.* Videtur hoc 4
actum fuisse in ipso theatro, ut rectè animadvertit Gothofredus; consistorium enim est, ubicumque Princeps cum consilio consistorianorum pronuntiat, ac decernit: Sicut jus dicitur, ubicumque Prætor salvâ majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit *l. jus pluribus 11. ff. de just. & jur.* Lampridius *in Alexandro Severo*: *Negotia, & causas prius à scriniorum principibus, & doctissimis juris peritis, & sibi fidelibus, quorum tunc primus Ulpianus fuit, tractari ordinarique, atque ita referri ad se præcepit. Leges de jure populi, & fisci moderatas, & infinitas sanxit; neque ullam constitutionem sancivit sine viginti juris peritis, & doctissimis, & sapientibus viris, iisdemque disertissimis non minus quinquaginta: ut non minus in consilio essent sententiæ, quam senatusconsultum conficerent.* Vide sis, quantâ curâ negotia tractaret, & Leges conderet hic Imperator.

His probè constitutis, perspicuum est, 5
Imperatores non solum peregrè proficiscentes, & in expeditionibus Comites habuisse, sed etiam Romæ eos retinuisse, eorumque consilio rempublicam administrasse. Cum autem crevisset eorum numerus, qui in commentarium Principis referebantur, quod nos dicimus, *essere al ruolo del Principe*: eorumque magna dignitas esset; eos omnes in tres

classes distribuebant. Erant enim Comites primi ordinis, secundi ordinis, tertii ordinis. Videtur autem id à Tiberio institutum, licet plerique putent à Constantino. Sueton. *de Tiberio cap.* 46. *Una modo liberalitate ex indulgentia vitrici prosecutus, cum tribus classibus factis, pro dignitate cujusque prima sexcenta sextertia, secunda quadringenta distribuit, ducenta tertia, quam non amicorum, sed gratorum appellabat.* Vides, infimam esse tertiam, dignissimam primam. Lamprid. *in Severo. Moderationis tanta fuit, ut amicos non solum primi, & secundi loci, sed etiam inferiores agrotantes viseret.* Amicos, id est, Comites. *Purgaverat enim palatium, comitatumque omnem abjectis ex aulico ministerio cunctis obscœnis, & infamibus, quos Heliogabalus ex genere hominum turpissimo provexerat: nec quemquam passus est esse in palatinis, nisi necessarium hominem.* Cum enim alii ante eum Imperatores, ac præcipuè Heliogabalus multos palatinis adscripsisset homines nequam, & qui nullo usui erant, neque ullum præstabant servitium, sed honoris tantum, & salarii percipiendi causâ in commentarium principis relati erant: ipse *jurejurando constrinxit, ne quem adscriptorum, id est, vacantium haberet, ne annonis rempublicam gravaret, dicens, malum pupillum esse Imperatorem, qui ex visceribus provincialium homines non necessarios, nec reipublicæ utiles pasceret.* His efficitur etiam, tum salarium Comitum in annonis constitutum.
4 Licet enim Augustus in pecunia solverit, ut suprà diximus, tamen Tiberius pecuniæ parcus ac tenax ad sola cibaria retraxit. Sueton. *in Tiberio cap.* 46. *Pecunia parcus ac tenax Comites peregrinationum, expeditionumque numquam salario, cibariis tantum sustentavit.*

6 Distribuebantur etiam Comites in varios ordines officiorum domus augustæ. Primum enim quatuor erant scrinia palatii, memoriæ, epistolarum, libellorum, dispositionum. *l.* 3. *&* 4. *C. de proxim. sacror. scrinior.* Instituta autem fuisse videntur ab Augusto, suggerente Mæcenate, propter multitudinem negotiorum, quæ ab eo tractabantur: ita ut ipse epistolas scriberet eâ diligentiâ, curâque, ut adderet etiam momenta horarum diei, vel noctis, quibus signatæ fuissent: ut refert Sueton. *in ejus Vita cap.* 50. Dion. *lib.* 52. *sub fine.* In scrinio memoriæ militabant viri quinquaginta duo, in aliis triginta quatuor, qui memoriales dicebantur. *l. hac parte* 10. *C. de prox. sacr. scrin.* Qui ipsis præficiebatur, & erat caput, & princeps officii, dicebatur Magister scrinii; qui huic proximus erat, dicebatur proximus scrinii. *l.* 1. *C. de magistr. sacr. scrin. l.* 1. *& toto tit. C. de proxim. sacror. scrin.* Errare videtur Cl. Salmasius, qui putat, eumdem fuisse magistrum, & proximum: nam in *C. Justin.* distincti sunt tituli *de Magistr. sacr. scrin. & de Proxim. sacr. scrin.* Prætereà in *l. unic. C. de Magistr. sacr. scrin.* privilegium, quod ab Imperatoribus conceditur magistris sacrorum scriniorum, extenditur ad proximos Ibi: *Hoc beneficium ad proximos etiam sacrorum scriniorum, & ex proximis volumus propagari.* Item in *l.* 1. *C. Theodos. de Magist. scrin.* statuitur, magistros scriniorum præferri. Vicarianæ potestati, cui exæquantur proximi scriniorum *l.* 2. *l.* 4. & passim *C. Theod. de proxim. comit. cæterisque &c.* Illud animadvertendum, quod prin- 7
ceps dispositionum propriè non dicebatur magister dispositionum, sed Comes dispositionum. *l. proximos C. de proxim. sacr. scrinior. & in rubr. C. Theod. de proximis comitibus &c.* Ubi à proximis scriniorum distinguitur Comes dispositionum: quamquam in *l.* 2. *ejusdem tituli* etiam ipse vocatur magister; qui tamen dignitate minor erat magistris aliorum scriniorum, & exæquabatur proximis *d. l.* 2. juncta *l.* 1. *C. Theodos. de magistr. scrinior.* Horum operâ semper est usus Alexander Severus. Lamprid. *in ejus Vita. Post meridianas horas subscriptioni, & lectioni epistolarum semper dedit operam, ita ut ab epistolis, & libellis, & à memoria semper assisterent: nonnumquam etiam, si stare per valetudinem non possent, sederent, relegentibus cuncta librariis, & iis, qui scrinium gerebant &c.* Spartian. *in Pescen. Nigro in fin. Cum hoc ei & Præfecti suggererent, & officiorum*

magistri. Magistri officiorum iidem, qui magistri scriniorum. Trebell. *in Claudio. Hanc autem epistolam ipse dictasse perhibetur: ego verba magistri memoriæ non requiro*. Lamprid. *in Alex. Nam & consiliarius Alexandri, & magister scrinii Ulpianus fuisse perhibetur*. Et paulo ante: *Negotia & causas prius à scriniorum principibus, & doctissimis jurisperitis, & sibi fidelibus, quorum primus tunc Ulpianus fuit, tractari, ordinarique, atque ita referri ad se præcepit*.

Erant prætereà Comites rei privatæ, sacrarum largitionum, sacri palatii, sacri patrimonii, de quibus agitur in propriis
8 titulis Codicis Justinianei *lib. 1*. Vix potui risum continere, cum in primarii advocati consultatione legi Comitem scholarum, de quo in *l. 3. C. de offic. magistr. offic.* esse dapiferum, vel architriclinum, qui summâ curâ nitebatur parare epulas principi eâ diligentiâ, quâ scholares student in scholis. Schola erat ordo militantium, qui palatium custodiebant. *Suid. in verbo* ὑπεράριθμος *& in verbo* σχολάριοι Erant 3500. ex præstantissimis Armenis in scholas divisi, & ideò huic magistro parebant, ac uberius cæteris militibus salarium percipiebant. Idem tradit Procopius in *Historia anecdota*. In Orientis imperio scholæ erant undecim, ut constat ex *l. ult. C. de locato*. In Notitia Imperii orientalis octo tantùm recensentur: quatuor scutariorum, duæ gentilium, una armaturarum, alia agentium in rebus. Sed his addendæ sunt aliæ tres, una silentiariorum, duæ equitum, ac peditum domesticorum. Ex quibus duæ tantummodò erant inermes, silentiariorum, & agentium in rebus; reliquæ omnes armatæ singulæ parebant suo Comiti, omnibus autem imperabat magister officiorum. Initio quidem octo dumtaxat scholis, de quibus modo diximus: nam scholam silentiariorum ipsi subjecit Xeno Imperator in *l. 4. C. de silentiar.* Scholis autem domesticorum peditum, equitumque videtur imperasse magister militum, ut apparet ex inscriptione *l. un. C. de venat. ferar.* Sed de scholis obiter. Erant & alii quamplurimi Comites, de quibus in nostro Codice, & in C. Theod. Sicut & aliæ scholæ non solùm palatinæ, quæ in imperio occidentali erant septem, sed etiam in provinciis, ut constat ex scholis Præfecti Prætorio Africæ, quæ recensentur in *l. 1. C. de off. Pref. Pret. Afric.* Sed hæ nihil ad palatinas.

Veniamus jam ad tacitam hypothecam, cujus causâ suscepta est omnis hæc disputatio. Enimverò nihil quicquam occurrit in toto jure civili, quamobrem suspicari debeamus, hanc hypothecam Comitibus, & palatinis fuisse concessam. De his, eorumque dignitate, privilegiis, prærogativis, salario, annonis, latissimè, exactissiméque agitur in primo Libro Codicis Justinianei, 9
nec non in tribus ultimis Libris; itemque in Codice Theodosiano ferè per totum: nec usquam hæc illis hypothecâ conceditur; nusquam ejus fit ulla mentio; nusquam ipsius vestigium apparet. Quis igitur erit tam temerè audax, ut ipsam pro arbitrio velit introducere? Jam verò quid causæ esse poterat, cur Imperatores contra seipsos concederent hujusmodi privilegium iis, quos ad excelsam dignitatem evehebant: quos annonis & salario sustentabant? Porro invenio ab his exactam fuisse ab Imperatoribus satisdationem in *l. privata 14. C. de muri-legul. l. ultima C. Th. de diversis off.* At Imperatores ipsis satisdedisse nusquam lego.

Denique quænam bona huic hypothecæ obnoxia esse debebant: ærariine, an fisci? Utrumque adeò absurdum, ut nihil magis. Imperatores duplex patrimonium habebant publicum, & privatum. Illud propriè ærarium: hoc fiscus appellabatur. Plin. *in Panegyr.* hæc rectè distinguit. *Fortasse non eâdem severitate fiscum, quâ ærarium cohibes? Imò tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico credis. l. 2. §. hoc interdictum C. ne quid in loc. publ. l. procurator. C. de edend. l. 4. C. de numerar.* Ærario 10
præerat Comes sacrarum largitionum: fisco Comes rei privatæ. Comes sacrarum largitionum habebat sub se decem scrinia: palatinos quingentos quadraginta sex. Comes

rei privatæ, seu privatarum largitionum scrinia quatuor, palatinos trecentos *l. Salutari 16. & l. seq. C. Theodos. de palatinis sacrar. largit. & rer. privat.* Sed hæc post Constantinum. Anteà sub regibus, & constitutâ republicâ pecuniam publicam administrabant Quæstores. Posteà Præfecti ærarii creati, qui ærario præessent, tum ad Prætorios, prætoresve transivit hujusmodi munus, & ærarii cura, mandante id Augusto. Claudius autem ipsam collegio Quæstorum reddidit. Nero præturâ perfunctos, & experientiâ probatos delegit. Sed rursus non multo post Præfectis ærario restituta, ut constat ex *l. quidam 12. ff. de his quæ ut indig. & l. 4. §. Si bona ff. de fideic. libert. L. Senatus 15. §. quod si l. Arrianus 42. ff. de jure fisci.* Constantinus autem novos hos magistratus creavit, Comitem sacrarum largitionum, & Comitem rei privatæ, penes quos totius pecuniæ publicæ cura erat & administratio: ad hos enim omnia tributa, & vectigalia provinciarum, & pecunia, quæ ex bonis publicatis & vacantibus redigebatur, & ex aliis imperii reditibus deferebatur, & ab ipsis in necessitates imperii erogabatur. Videndi Sueton. *in Augusto c. 36. in Claudio cap. 24.* Tacit. *Annal. Lib. 13. circa med.* Dion. *Lib. 54.* Summa illuc pertinet, ut intelligamus, ærarium quidem & fiscum habere taciram hypothecam in bonis privatorum, privatos autem non habere in bonis fisci, cujus creditores erant palatini, à quo annonam, vestes, argentum, strenas percipiebant. *l. olim 11. C. Theodos. de palatin. sacr. largit.*

CAPUT III.

Ad Easdem LL.

SUMMARIUM.

1 Tres erant ordines dignitatis comitivæ. Comitiva primi ordinis in tres classes distributa.
2 Pluribus modis acquirebatur.
3 Comitiva secundi & tertii ordinis.
4 Comites aliæ provinciam regebant, alii militibus praerant. Inter hos Comites & Duces militares, & limitanei.
5 Comites militares in tres ordines distributi.
6 Primi ordinis erat Magister militum, secundi Dux, tertii Tribunus.
7 Magister militum subrogatus est in locum Legati.
8 Magistrorum militum varius numerus.
9 Inter Comites provincias regentes eminebat Comes Orientis.
10 Provincia Imperateris Præsidales, Legatoria, & Preconsulares.
11 Provincia populi Proconsulares.
12 Provinciis minoribus praerant Perfectissimi. Horum tres ordines.
13 Præsides aliquando Comites.
14 Procurator Cæsaris multifariam appellatus. Ejus amplissima jurisdictio. Exornatur Tacitus 12. Annal. cap. 60..
15 Exponitur L. 8. §. 19 ff. de pact.
16 Equites & liberti officio Procuratoris Cæsaris functi.
17 Comites annonam de publico habebant, ipsi à Provincialibus exigebant. Ceteros reditus exigebat Procurator Cæsaris, & n. 19.
18 Cæsaris mandato annona & salaria Comitibus militaribus assignabantur. Elegans hujus rei testimonium.
19 Procurator Cæsaris pecunias collectas erogabat juxta mandata.
20 Species ipsa exigebantur, non æstimatio, quod obsolevit.
21 Posteà salaria adarare licuit, imò & stellaturas. stellatura olim vetita: posteà permissa.
22 Stellatura unde dicantur.
23 Modus exigendi annonas.
24 Comes thesaurorum publica pecunia in Provinciie curam agebat.
25 Comites & administratores nullam hypothecam habebant contra Imperatorem vel fiscum.

SUpersunt Comites tertiæ classis, qui ad honorem & dignitatem comitatûs evehebantur. Horum tres ordines: Comites primi ordinis: Comites secundi ordinis: Comites tertii ordinis. Eorum dignitas, comitiva dicebatur: itaque comitivæ erant primi, secundi, & tertii ordinis. Comites primi ordinis rursus in tres classes erant distributi. Alii enim comitivam primi ordinis obtinebant simul cum administratione provinciæ, de quibus in *l. un. C. Theod. de comit. qui provinc. regunt. & l. un. C. Theod. de comit. qui illustr. & l. 1. 2. & 3. C. Theod. de Comit. rei militar.* Alii dicebantur *vacantes*, quibus comitivæ dignitas conferebatur 1

batur

batur pro præmio bene administratæ provinciæ, de quibus in *l. un. C. de com. vacant.* Alii pretio vel gratia comitivam impetrabant, qui aliis postponebantur, quia licet unum nomen sit, tamen est meritis æstimandum *d. l. un. C. Theod. de comit. vac.* Ex qua lege constat, quod dignitas honoraria semper cedit dignitati, quæ meritis quæsita fuit, etiamsi hæc tempore posterior sit *h. l. & l. ult. C. Theod. de honor. codic. & l. ult. C. Theod. de primicerio, & Notar. Cassiodor. 6. variar. formul.* 10. & 16. Hoc autem ad Doctores ex privilegio maximè pertinet.

2 De hac comitiva primi ordinis passim tum in C. Justinianeo, tum in C. Theodosiano. Eam non omnes eodem modo consequebantur. Quidam eam ipso jure obtinebant, statim ac aliquod munus, aut officium ipsis à principe conferebatur, quia illis hæc dignitas erat annexa, ut illis qui provincias regendas susceperant *l. un. C. de comit. qui provincias reg.* ut Comites Ægypti, & Ponticæ Diœceseos, qui principes erant inter Comites *l. un. C. de Comit. & Tribun.* Comites scholarum *d. l. un. l. 1. C. Theod. eod tit.* Adsessores Præfecti Prætorio, *l. un. C. Theod. de Comit. qui illustrib.* Comites rei militaris *l. 1. & 2. C. de com. rei milit.* Alii eam obtinebant ob meritum, dum munus injunctum laudabiliter exequebantur, ut archiatri *l. un. C. Theod. de Comit. & archiatris l. ult. C. de profess. & medic.* & illi qui in aliqua arte excellebant *l. un. C. Theod. de Comit. ord. primi art. div.* Professores Urbis Constantinopolitanæ, qui post vicesimum annum eam consequebantur *l. un. C. Theod. de professor. qui in urbe Const. l. un. C. eod. tit. in C. Justin.* Alii denique eam consequebantur munere jam perfuncti, cum illud deponebant: ut principes agentium in rebus. *l. principes 6. C. de princ. ag. in rebus, & l. un. C. de vacat. publ. mun.*

3 De comitiva secundi & tertii ordinis mentio fit in *l. pro biennio 17. & seqq. C. Theod. de proxim. comit. dispposit. l. in numero 8. C. Theod. de agent. in reb. l. quicumque 127. C. Th. de decurion.*

Erat & alia distinctio Comitum, quod 4 alii provincias regebant, & provincialibus præerant: alii præerant militibus, quibus provinciam tuebantur: & hi Comites rei militaris dicebantur *l. 1. & 2. C. Theod. de comit. rei milit.* & *C. Justin. l. 1. & 2. eod. tit.* Hujusmodi erant Comites limitanei, qui limites imperii defendebant. Nam Augustus rerum potitus, provincias cum populo divisit, & ut milites sibi obsequentes haberet, eas provincias tuendas sumpsit, quæ barbarorum incursionibus erant expositæ, & novem limites imperii constituit, & in illis viginti quinque legiones collocavit ad reprimendos hostium impetus, & continendas in fide provincias. Alios limites, aliasque legiones addiderunt Claudius, Vespasianus, Trajanus, & constituti sunt limites quatuordecim, & ad eos tuendos legiones triginta quinque. Quamquam Dion *lib.* 55. tredecim tantum limites recenseat imperante Alexandro. Hisce legionibus ac militibus imperabant ac præerant Comites, aut Duces; in Oriente duo Comites militares: Leo auxit usque ad quinque, additis tribus aliis limitibus: Duces in oriente tredecim, qui posteà aucti fuerunt. In occidente octo erant Comites, qui occupatis sub Honorio Hispaniis à Vandalis, & Alanis, & Illyrico sub Theodosio juniore ab Attila, ad sex tantummodò redacti fuerunt.

Comites militares alii erant primi, alii secundi, alii tertii ordinis, quos ita distin- 5
xit Constantinus referente Eusebio in *lib.* 4. *c.* 1. *de vita Constantini:* & Comites primi ordinis erant ducibus digniores, ut erat Comes Ægypti, & alii. Sed posteà comitivæ dignitas ducibus etiam attributa. Tandem aucta ducum dignitas, Comitum imminuta. Duces enim toti provinciæ præerant, Comites singulis civitatibus: cujusmodi sunt hodiè nostri Comites. Comites, qui erant secundi aut tertii ordinis, Comites minores appellantur in *l. omnem C. Theod. Ne comit. & trib. lavacr. præstent.* & Comites inferiores, ut in *l. seq. d. tit.* quibus privata succendi balnea prohibentur in duabus illis Legibus & in *l. un. C. Just. Ne rei milit.*

Com. &c. que ex duabus illis Legibus à Triboniano fuit consarcinata. Solis itaque Comitibus & magistris militum provinciales balneas privatas succendere tenebantur, hoc est, ligna conferre ad eas succendendas. Nam magistri militum erant Comites primi ordinis. Tribuni enim & Duces aliquando Comitis dignitate decorabantur, sed secundi aut tertii ordinis. Itaque qui in *l. 1. C. Theod. de com. & tribun.* dicuntur minores Comites, & junguntur cum tribunis, illi in *l. un. C. Just. eod. tit.* junguntur cum ducibus, & in *l. 2. C. Theod. eod. tit.* nomen inferiorum Comitum ad Duces refertur. Erat autem tribunus inferior duce, & tribunatus erat gradus, per quem ad ducatum ascendebatur. Commodi Imperatoris epistola relata à Spartiano *in Pescen. Pescennium fortem virum novi: ei etiam tribunatus duos dedi: ducatum mox dabo.* Capitolin. *in duob. Maximin. Quid tantum laboras, cum ejus loci jam sis, ut ducatum possis accipere? dixisse fertur; ego vero quo major fuero, tanto plus laborabo.* Erat autem tum Maximinus tribunus quartæ
6 legionis. Probabile igitur est, tribunos fuisse Comites tertii ordinis: duces secundi: magistros militum primi. Lamprid. in Alexandro: *jussit, ut ante tribunum milites quatuor ambularent, ante ducem sex, ante le-*
7 *gatum decem.* Vides ordinem & gradum dignitatum. In locum autem Legatorum postea subrogati fuerunt magistri militum. Vegetius *lib. 2. de re milit. cap. 9. Legati Imperatoris ex consularibus ad exercitum mittebantur, quibus legiones, & auxilia universa obtemperabant in ordinatione pacis, vel necessitate bellorum, quorum loco nunc illustres viros constat magistros militum substitutos.* Itaque magistri militum Comites erant primi ordinis. Atque ideo semper ipsis adjungitur titulus Comitis, & nominantur Comites, & magistri, ut in *l. secuti 8. C. Theod. de metatis. in l. 1. ne com. & tribun. & inscriptione l. 8. C. Th. de re militari. l. juniorum 18. de tyron. l. qui sine 16. de de-*
8 *sertor. l. militarib. 128. de decurion.* Magistri militum initio duo tantum fuerunt, alter pedum, equitum alter: iisque Constantinus omne jus in milites concessit, quod antea habebat Præfectus Prætorio. Zosim. *lib. 2.* Theodosius eorum numerum auxit, & demum facti sunt quinque in oriente, duo in occidente. Zosim. *lib. 4.* Justinianus quoque alterum addidit, sublato Armeniæ Comite in *l. ult. C. de off. mag. militum.* Ab his tamen appellari poterat, puto ad Præfectum Prætorio *l. ult. C. de his qui per met. jud. non appell.* Illud monendum, quod magistri militum occidentis dicebantur *præsentales. l. penult. C. de apparit. mag. mil.* quia in comitatu Principis manebant, eique præsentes erant.

Supersunt Comites quartæ classis, qui 9
provincias regebant, & gubernabant. Horum princeps erat Comes orientis, qui provinciis quindecim imperabat, & habebat sexcentos apparitores, ut Theodosius & Arcadius definiverunt in *l. un. C. de apparit. comit. orient.* Zosim. *lib. 5. post. princ. Comitis orientis magistratus ea potestas est, ut qui eum gerit, omnibus provincias orientis administrantibus præsit, & quæcumque non aguntur, ut par est, corrigat.* Id autem non est omnino verum; nam Præfectus Prætorio orientis imperabat, & præerat provinciis quadraginta novem, ut constat ex *Notitia Imper. Orient.* Comes autem orientis solummodo provinciis quindecim, videlicet quinque consularibus, octo præsidalibus, duabus perfectissimorum, hoc est, Arabiæ, & Isauriæ, quæ perfectissimos judices habe- 10
bant. Potito rerum Augusto, qui cum populo partitus est provincias, illæ in tres classes divisæ fuerunt; in præsidales, legatorias & proconsulares. Lamprid. in *Alexandro: Provincias prætorias præsidales plurimas fecit, proconsulares ex Senatus voluntate ordinavit.* Provinciæ prætoriæ, & præsidales erant legatoriæ. Legatoriæ enim erant illæ, in quas Imperator Legatos mittebat, qui Legati Cæsaris in jure nostro dicuntur. *l. 1. ff. de offic. Præsid. l. Legatus 20. ff. eod. l. hos accusatores 12. ff. de accusat. l. 4. ff. de off. assessor. l. diem functo 20.* alias *l. Sed addes. 19. in fin. ff. Locati l. non est 7. ff. de man. vind.* In eas autem mittebant aut viros consulares,

aut prætorios cum consulari potestate, & hæ provinciæ consulares appellabantur. Si non cum consulari potestate mitterent, ut solebant in minores provincias, in quas aut præsides, aut procuratores mittebant, illæ manebant præsidales: & qui eas regebant, præsides, vel procuratores & præsides simul nominabantur. Itaque Pilatus, qui Judeæ procurator erat, ab Evangelistis aliquando præses, aliquando procurator dicitur. Nam procuratores Cæsaris alii causas tantum fiscales cognoscebant, & tributa, & vectigalia in provinciis exigebant; & hi nec provincias regebant, nec merum imperium habebant: alii vice Præsidum mittebantur, & hi provincias administrabant, & imperium
11 habebant *l. 2. C. de pæn. l. non valet. 4. C. ad l. Fab. de plagiar.* Provinciæ verò, quæ ordinabantur à populo, & in quas præsides mittebat Senatus, omnes erant proconsulares, quia qui eas regebat, proconsul dicebatur, cui Legatus ab eodem Senatu dabatur. Itaque provinciæ Imperatoris consulares dicebantur, & aliquæ etiam præsidales, seu prætoriæ provinciæ, populi omnes proconsulares. Sed jure populi extincto, & Senatui ablato, provinciæ proconsulares esse desierunt. Enim verò Probus Imperator jus Senatui restituit. Vopiscus in *ejus vita*: *Permisit patribus, ut ex magnorum judicum appellationibus ipsi cognoscerent, proconsules crearent, Legatos consulibus darent, jus prætorium præsidibus darent.* Quæ verba meo judicio nihil aliud significant, quàm Probum provinciarum administrationem Senatui restituisse: adeoque permisisse, ut in provincias proconsulares, proconsules mitterent: in legatorias, legatos cum jure consulari: in præsidales præsides cum jure prætorio.

12 Perfectissimi ad minorum provinciarum administrationem deputabantur. Hæc dignitas codicillis ab Imperatore conferebatur *l. un. C. de perfectis. dign.* Hi equitibus digniores fuisse videntur, ut apparet ex *l. 1. C. Theod. de his qui ven. ætat. impetr.* Quamquam Valentinianus in *l. un. C. de equestr. dign.* post Senatores secundum gradum tribuat equitibus. Perfectissimus erat Præses Arabiæ tempore Constantini, ad quam rescripsit Imperator in *l. cum reis 18. C. de pæn.* ut constat ex ejus Legis inscriptione THEODORO V. P. PRÆSIDI ARABIÆ: hoc est, viro perfectissimo. Item Præses Dalmatiæ, ut constat ex *notit. Imper. Orient.* & Præses Isauriæ, qui inter clarissimos non recensetur. Hi quoque in tres classes divisi erant primi, secundi, & tertii ordinis, ut constat ex *l. scriniis 7. §. 1. C. de palatin. sacr. largit.* Præsides fuisse perfectissimos ordinis primi, dubitandum non est: cum scrinii auri ad responsum Primicerius esset perfectissimus ordinis primi *d. l.* Ex perfectissimis quidam erant etiam Comites in *l. 2. C. Theod. de bon. vac. Breves eorum plenissimos ad virum perfectissimum comitem, & amicum nostrum mitti.*

Præsides etiam, & qui provincias regebant, Comitis dignitate decorabantur, & quidem primi ordinis *l. un. c. de Comit. qui provinc. reg.* Sed illis tantum Præsidibus, qui ab Imperatore mittebantur ad administrandam provinciam, hæc dignitas conferri solebat: accedebat enim plerumque illis, qui erant in ministerio principis. Ad hos referri potest etiam Comes privatarum rerum divinæ domûs. Licet enim provincias non gubernaret, tamen in illis magnâ auctoritate pollebat: universum enim patrimonium principis administrabat, & agros per totum orientis tractum existentes curabat *l. hi quibus l. omnes l. pen. c. de fund. patrimon. l. universi c. de fund. rei privatæ*, & omnibus titulis à *tit. 58. usque ad fin. Lib. 11.* Hic dicebatur etiam rationalis, & magister rei privatæ *l. pen. c. ubi causa stat. ag. deb.* & procurator Cæsaris *l. 1. ff. de offic. proc. Cæsaris*: item curator *l. ult. ff. eod.* vel procurator privatæ rationis *l. procurator c. de edend.* & Comes rei dominicæ *l. ult. c. de fund. & saltib. rei domin.* & Comes ærarii privati *l. ult. c. de locat. præd. civil. l. 3. c. de bon. vacant. l. ult. c. de petit. bon. sublat.* Hujus amplissimam jurisdictionem latè explicat Cassiodorus *in 6. in comit. priv.* præter causas enim fiscales cognoscebat etiam de causis status *l. penult. c. ubi caus. stat. agi deb.* de jure se- 13 14

pulcrorum, de causis incestûs *l. qui contra c. de incest. nupt.* Cassiod. *ibid.* de corruptis judicibus *Novell.* 124. §. 2. Tacit. *Lib.* 12. *annal. cap.* 60. *prope fin. de Claudio Imperatore: Eodem anno sæpiùs audita vox principis: parem vim rerum habendam à procuratoribus suis judicatarum, ac si ipse statuisset: ac ne fortuito prolapsus videretur, senatus quoque consulto cautum plenius, quàm anteà & uberius*, & paulò post: *Cùm Claudius libertos, quos rei familiari præfecerat, sibique & legibus adæquaverit.* Frustrà Justus Lipsius in *excursu ad lib.* 12. *annal. Tacit.* tentat persuare, hîc agi de Procuratoribus, qui jure Præsidis provincias regebant, de quibus suprà. Nam verba illa, *quos rei familiari præfecerat*, clarissimè ostendunt, Claudium hoc jus dedisse Procuratoribus rei privatæ, rei familiaris. Id. Tacit. *lib.* 4. *Ann. cap.* 15. *paulò post princ. Adeò ut Procurator Asiæ Lucilius Capito accusante provinciâ causam dixerit magnâ cum adseveratione principis: non se ei jus, nisi in servitia, & pecunias familiares dedisse: quòd si vim Prætoris usurpasset, manibusque militum usus foret, spreta in eo mandata sua: audirent socios. Ita reus cognito negotio damnatur.* Utitur Tacitus hic eâdem formâ loquendi, *in pecunias familiares*, cùm agat de Procuratore Cæsaris. Quorsùm autem Claudius id confirmari senatûs-consulto curasse, veritus, ne fortuito prolapsus videretur? ut ibi ait Tacitus. Si hoc Procuratoribus vice Præsidis dedisset, nihil tale verendum erat: ipsi enim præsidum jus & auctoritatem habebant: nam merum imperium habebant sicut Præsides: ideò sæpenumero præsides appellantur. Facem nobis præbet Pontius Pilatus, qui fuit Judeæ Procurator: Tacit. *lib.* 15. *Annal. cap.* 44. *post med. Auctor nominis ejus Christus Tiberio imperante per procuratorem Pontium Pilatum supplicio affectus erat.* Lucas in *Evang. Anno autem quinto decimo imperii Tiberii Cæsaris procurante Pontio Pilato Judæam.* Et tamen Pilatus habebat jus gladii. Joann. *cap.* 19. *Nescis, quia potestatem habeo crucifigere te, & potestatem habeo dimittere te?* Initium hujus rei jam olim ab Augusto. Tacit. *lib.* 12. *cap.* 60. *Nam Divus Augustus apud equestres, qui Ægypto præsiderent lege agi, decretaque eorum proinde haberi jusserat, ac si Magistratus Romani constituissent: mox alias per provincias, & in urbe pleraque concessa sunt, quæ olim à Prætoribus noscebantur.*

Itaque ad rem. Ulpianus in *l. hi qui* 8. §. 15 *transactiones* 19. *ff. de transact. Transactiones alimentorum etiam apud procuratorem Cæsaris fieri possunt; scilicèt si à fisco petantur alimenta: secundùm quæ & apud præfectos ærarii transigi poterit.* Transactio autem hujusmodi nonnisi apud Prætorem fieri poterat ex oratione D. Marci *d. l.* 8. *in princ.* Hic locus Ulpiani nos admonet, falli eos, qui non distinguunt Procuratores Cæsaris à Præfectis ærarii: aliud fiscus: aliud ærarium, ut suprà probavimus. Quòd autem Claudius procuratori suæ rei privatæ id concesserit probat perspicuè Ulpianus in *l.* 1. *in princ. ff. de Offic. procur. Cæs.* ubi de hoc agens Procuratore ait: *Quæ acta gestaque sunt à procuratore Cæsaris, sic ab eo comprobantur, atque si à Cæsare gesta sunt.* Confer hæc verba cum verbis Taciti, & hâc in re non hæsitabis. Illud planè non intelligo, cur Vir doctissimus excludat 16 ab officio Procuratoris rei privatæ equites, & libertos, non autem ab officio Procuratoris cum præsidali potestate. Quia, inquit, equites non habebant jurisdictionem. Ita profectò: si non habebant magistratum aut officium, cui esset adjuncta jurisdictio: cujusmodi erat Procurator Cæsaris; *tot. tit. C. ubi caus. fiscal.* & nos suprà probavimus. Sed demus, hâc de causâ non potuisse creari Procuratores rei privatæ: multò minùs igitur poterant esse Procuratores vice præsidis, qui non solùm jurisdictionem habebant, sed etiam merum imperium. At hi erant equites Romani: Joseph. *de bell Jud. Lib.* 2. *cap.* 8. *in princ.* ubi de Coponio equite Romano, Judeæ Procuratore, & *Antiquit. Judaic. Lib.* 18. *cap.* 1. *in princ.* Imò etiam liberti, ut Antonius Felix. Tacit. 5. *Histor. cap.* 9. *Judæa provinciam equitibus Romanis, aut libertis permisit; è quibus Antonius Felix per omnem sævitiam ac libidinem jus regium servili ingenio exercuit.* Sueton. *in Claud. cap.*

18. *Nec minùs Felicem, quem cohortibus & alis, provinciæque Judeæ præposuit.* Sed hæc in transcursu: ad Comites revertamur.

17 Comites, de quibus hactenùs, nullam habebant hypothecam in bonis Imperatoris: Sed nec habere poterant. Habebant enim annonam de publico ipsis assignatam, eamque subministrabant illis provinciales; & si non responderent ad tempus, poterant manu militari ab ipsis extorquere. Procurator Cæsaris pecuniam, & quidquid aliud à colonis debebatur, exigebat: Sed annonam, quæ Comitibus erat præstituta, ipsi exigebant. Ita interpretor verba Dionis *Lib.* 53. ubi ait, quòd Procuratores Cæsaris ejus reditus in provinciis exigebant, præterquàm id, quod Proconsules ex tributis exigunt. Cæsar autem, & Procuratoribus, & Proconsulibus, & Comitibus militaribus mandata dabat, quomodo in his se gerere deberent.

18 Si quis scire desiderat, quantum annonæ, ac salarii nomine acciperent, ponam hîc Valeriani Imperatoris mandata, quæ Probo, cui contulerat tribunatum militum, & Claudio assignat. Vopiscus *in Probo: Miraris, quòd imberbem tribunum fecerim: Sed non miraberis, si Probim cogitas adolescentem verè probum. Hunc igitur dabis.*

Tunicas rufulas ——— 2.
Pallia Gallica fibulata ——— 2.
Interulas paragaudias ——— 2.
Patinam argenteam Librarum X. *specillatam*
Aureos Antonianos ——— 100.
Argenteos Aurelianos ——— 1000.
Æreos Philippeos ——— 10000.
Carnis bubulæ diurnæ pondo ——— 6.
Porcinæ pondo ——— 6.
Caprinæ pondo ——— 10.
Olei per biduum sextarium unum.

Vini veteris diurnos sextarios 10. *cum larido bubalino. Salis, olerum, lignorum quantùm satis est. Hospitia præterea eidem, ut tribunis legionum, præberi jubebis.*

Claudio autem, quem tribunum Martiæ quinctæ legioni dederat, multò plura dari præcipit, quia non quasi tribuno, sed quasi Duci ea detulit. Sunt autem hæc, apud Vopiscum *in Claudio:*

Frumentia annuos modios ——— 3000.
Hordei modios ——— 6000.
Laridi Libras ——— 2000.
Vini veteris sextarios ——— 3500.
Olei boni sextarios ——— 150.
Olei secundi sextarios ——— 600.
Salis modios ——— 20.
Ceræ pondo ——— 150.
Fœni, paleæ, aceti, oleris, herbarum quantùm satis est.
Pellium tentoriarum decurias ——— 30.
Mulos annuos ——— 6.
Equos annuos ——— 3.
Camelos annuos ——— 10.
Mulas annuas 9.
Argenti in opere annua pondo ——— 50.
Philippeos nostri vultûs annuos ——— 150.
In strenis ——— 47.
Et trientes ——— 160.
In caucos, & scyphos pondo— 11.
In caucos, & scyphos & zuma pondo—11.

Tunicas russas militares annuas, sagochlamydes annuas duas; fibulas argenteas, inauratas duas; fibulam auream cum acu Cypriâ unam; balteum argenteum inauratum unum, annulum bigemmem uncialem: brachialem unum unciarum septem: Torquem libralem unum: cassidem inauratam unam: scuta chrysographata duo: Loricam unam, quam refundat: Lanceas herculaneas duas: aclydes duas: falces duas, falces fœnarias quatuor: coquum, quem refundat unum: mulionem, quem refundat unum: mulieres speciosas ex captivis duas: albam subsericam unam cum purpura Girbitana: subarmale unum cum purpura Maura: Notarium, quem refundat, unum: structorem, quem refundat, unum: Accubitalium Cypriorum paria duo: Interulas puras duas: fascias viriles duas: togam, quam refundat, unam: Latum clavum, quem refundat, unum: Venatores, qui obsequantur, duos: carpentarium unum: Curam prætorii unam: ligni quotidiani pondo mille, si est copia; sin minus, quantùm fuerit, & ubi fuerit: coctilium quotidiana batilla quatuor: baleatorem unum, & ad balneas ligna: sin minùs, lavetur in publico. Jam cætera, quæ

propter minutias scribi nequeunt, pro moderatione præstabis, sed ita ut nihil adæretur. Et si alicubi aliquid defuerit, non præstetur, nec in nummo exigatur. Qui explicationem quorumdam verborum, quorum non est obvia intelligentia, desideraverit, adeat doctissimum Salmasium: ad rem nostram enim non pertinet hæc explicare. Quod ad nos attinet, pauca sunt expendenda.

19 Primum, quòd hæc epistola à Valeriano scripta est ad Zosimionem Procuratorem Syriæ, cui mandat, ut hujusmodi salarium præstet ex suo privato ærario. Procurator enim Cæsaris, qui ærario privato ejus præerat, hoc est, fisco, pecunias à debitoribus fisci exigebat, easque in ea, quæ princeps mandabat, erogabat. Id docet Dio. *Lib.* 53. *τάς τε κοινὰς προσόδους ἐκλέγοντας, καὶ προστεταγμένα σφίσιν ἀναλίσκοντας.* Et annonas, & pabula animalium Præsidibus, & cæteris præstabat. *L.* 1. *C. decursu publ.* Habebant autem susceptores, qui pecuniam colligebant, & expendebant periculo ipsius Procuratoris. Itaque nec Comes privatarum largitionum, nec fiscus tenebatur, sed omne damnum spectabat ad Procuratorem rei privatæ, cui onus erat injunctum, ut annonas sumptumque familiæ rectorum provinciæ, & pabula animalibus, & quæcumque statuta essent, subministraret. *L. super* 9. *C. de jure fisci.* quæ ad Comitem rerum privatarum ab Imperatoribus scripta est. Constat igitur nullam potuisse hypothecam constitui, nisi in bonis Procuratoris favore fisci, & susceptorum favore Procuratoris.

20 Secundò observanda sunt illa verba: *Sed ut nihil adæretur.* Non poterant igitur pro annonis, & capito præstare aut exigere æstimationem: & hoc, ne provinciales gravarentur: idcòque præstanda, quæ ipsa provincia suppeditabat. Adærare est ære vel argento æstimare, idque pro speciebus debitis præstare. Æs enim etiam argentum comprehendebat. Suid. *χαλκὸς ἀργύρεια τετυπωμένα. Æs, argentum signatum.*

Denique animadversione digna sunt ultima epistolæ verba: *ligni quotidiani pondo mille, si est copia*: & rursus: *si alicubi aliquid defuerit, non præstetur, nec in nummo exigatur.* Debebant igitur præstari, quæ in ea provincia proveniebant; sin aliter, ne sic quidem pro illis pecunia exigi poterat. Proptereà non poterant provinciales evitare solutionem, nam ab illis, si procrastinarent, manu militari extorquebantur: utinam verò ea solùm, quæ pendi debebant. Cùm enim illi, qui ad exactionem mittebantur, pro cupiditate & libidine suâ graviter ex provincialium visceribus eruerent prope infinita, Honorius & Theodosius constituerunt, ut ad similitudinem militum, quibus ærariæ præbebantur annonæ, *adærare* liceret. *l. annonas* 15. *C. de erog. milit. ann.* quæ deprompta est ex L. *penult. eod. tit. in C. Theod.* Anteà tamen severissimè erat interdictum annonas adærare. *L. nequis* 18. *L. nulli* 20. *C. Theod. eod. tit.* Posteà collabente disciplinâ etiam stellaturas adærare permissum. *l. ex provinciarum* 28. *C. Theod. eod.* Stellatura dicebatur, quidquid tribunus ex salario, atque annonâ militibus debitâ decerpebat, ac delibabat sibique retinebat. Olim quidem capite sancitum, ne quis stellaturas acciperet. Spartian. in *Pescennio: Nam & Imperator tribunos duos, quos constitit stellaturas accepisse, lapidibus obrui ab auxiliaribus jussit.* Lamprid. *in Alexandro Severo. Annonam militum diligenter inspexit: tribunos, qui per stellaturas militibus aliquid tulissent, capitali pœnâ affecit.* Posteà non solùm permissæ fuerunt stellaturæ, sed etiam earum adæratio. Tandem Justinianus eas in limitaneis & comitatensibus militibus interdixit, impositâ quadrupli pœnâ, & dignitatis privatione *l.* 1. *§. pro limitaneis* 6. *in fin. & §. seq. C. de offic. Præf. Prætor. Africæ.* Unde fuerit stellaturæ nomen deductum, non constat inter doctos. 21

Multi multa, & varia. Cl. Salmasius à stellione & stellionatu deductum fuisse nomen stellaturæ putat. Durum id quidem: præsertim quia, non per fraudem à militibus auferebantur, sed titulo donationis gratuitæ *l. si quas.* 29. *C. Theod. de erog. milit. annonæ* Licèt Justinianus in superiore §. 8. per fraudem eos accipere dicat; tamen 22

ibi agit generaliter de omnibus lucris, quæ duces & tribuni captabant, consuetudinem allegantes. Gothofredus *in C. Theod.* putat à stilla dictas, & legendum *stillaturas*, non *stellaturas*. Sed apud Scriptores Historiæ Augustæ semper legitur, *stellaturæ*. Omitto alias ineptissimas interpretationes. Equidem non video, cur non deduci possit à stellis. *A stellis, stellare, stellatus*, quæ passim usurpantur; cur non etiam *stellatura*? ut à *præfectus, præfectura*: *à futum, futura*, & simile. Quidni autem dici possit id à similitudine stellarum deciduarum, & discurrentium, quas è numero, & congerie stellarum decerpras in terram, & mare prolabi vulgò creditum est: seu, ut Plinius putat, à stellis ipsis extrudi nimio alimento tracti humoris, quemadmodùm à lumine scintillæ identidem egeruntur & extruduntur, fuisse ad militum annonam traductum. Sicut enim stellæ vagantes & discurrentes è cœlo decerpuntur, cujus minimæ sunt particulæ, ita minimæ illæ partes, quas tribuni ex militum annonis decerpebant, quasi stellæ deciduæ, stellaturæ nomen dederint illi delibationi, & abrasioni salarii militaris. Minima enim erat salarii pars à tribunis abrasa: neque enim poterat excedere annonam septem dierum *l. septem 12. C. de erog. milit. annon.* ex qua corrigenda est. *l. à provinciarum 25. C. Theod. eod. tit.* in qua pro *septem*, legitur *semper*. Enimverò de origine hujus nominis nihil affirmo, & quæ dixi, ad vulgi opinionem locutus sum, quem penès arbitrium est, & jus, & norma loquendi. At hæc non magni sunt momenti. Ad hypothecam tacitam revertamur.

23 Summa rerum hæc est. Provinciæ tributum indicebatur à Præfecto Prætorio, vel ab ipso Imperatore, & quidem ut plurimùm in speciebus annonatiis ad alendos milites, & solvenda salaria tribunis, ducibus, comitibus, præsidibus, & aliis. Provinciæ frumentum, hordeum, oleum, laridum, capitum & alias species annonarias, seu cellarienses suis impensis in horrea publica deferebant. Susceptores eas in horreis condebant. Dabantur autem de publico illis ænei, seu lapidei modii cum sextariis, & ponderibus, ne quis fraudari posset. *l. modios 9. C. de canon. largit.* Si recipere recusarent, ipsi duplum fisco per Præsidem inferre cogebantur, qui autem detulerat, liberabatur. *l. 1. C. de susceptor.* Si provinciales solvere negligerent, captis pignoribus coërcebantur. *l. 1. & 2. C. de capiend. & distrah. pignor.* Pendere autem tenebantur frumenti quinquagesimam; hordei quadragesimam, vini & laridi vicesimam. *l. modios 9. C. de suscept.* Præcipua autem cura penès Præfectum Prætorio Julius Capitolin. in *Gordian. tertio* testert, Misitheum Gordiani præfectum eâ diligentiâ annonam provincialem procurasse, ut *nulla umquam esset civitas limitanea potior, quæ non posset exercitum Populi Romani, ac principem ferre, quæ totius anni in aceto, frumento, & larido, atque hordeo & paleis condita non haberet, &c.* Cura verò pecuniæ penès Thesaurensem vel Comitem Thesaurorum vel Præpositum thesaurorum erat: his 24 enim nominibus appellabatur, qui pecuniam publicam in provinciis colligebat, custodiebat, Romam transmittebat *l. 1. & tot. tit. de susceptor. præpos. & arcar. l. 2. c. de palatin. sacr. largit. l. nullus 14. c. Theod. de divers. offic.* Hi autem ad rem sacri ætarii procurandam non admittebantur, nisi idoneas darent satisdationes *l. privatæ 14. c. de murileg.* Ita etiam tum susceptores, tum præpositi horreorum, tum etiam nominatores eorum obligabantur fisco: imò nominatores nihil poterant ab eis emere nec per se, nec per interpositam personam, quod est omninò singulare, licèt illi nominatorum periculo administrarent, & Præsides etiam tenebantur, si negligerent curare, quæ debebant *l. 1. l. 2. l. 8. c. de susceptor.*

Constat igitur fiscum quidem obstrinxisse 25 sibi Comites, & administratores rerum provincialium, contra eos nullâ obligatione fiscum aut imperatorem sibi devinxisse. Nec enim hâc obligatione cum hypotheca indigebant, cùm in eorum potestate esset à provincialibus exigere, atque extorquere salarium sibi de jure debitum. Utinam verò id

tantummodò extorsissent. Multi miseros provinciales vexabant, diripiebant, expilabant. Hinc crebræ seditiones, & Romæ frequentissima judicia repetundarum, quæ passim occurrunt in veterum scriptorum monumentis, in quibus tamen numquam fit mentio cujusquam Præsidis, qui convenerit imperatorem. Porrò nihil absurdius meo judicio potest existimari, quàm Imperatorem concessisse privilegium tacitæ hypothecæ contra semetipsum. Num fortasse vereri poterat, eos quibus honorem amplissimum, quæstuosissimum magistratum, regiam penè potestatem concedebat, hæc omnia repudiaturos, nisi concederet etiam privilegium tacitæ hypothecæ cum prælatione in omnibus suis bonis? Nugæ.

CAPUT IV.

Ad L. deprecatio 9. ff. ad Leg. Rhod.

SUMMARIUM.

1 *Antonini responsum male habitum ab Interpretibus.*
2 *Ignei & sequacium criminationes & n. 3. 5.*
4 *Publicanis obsecundare fas est; nec tamen nimia licentia eis concedenda.*
6 *Antoninus superbia accusatus defenditur.*
7 *Roma mundi domina. Romani rerum Domini. Imperator Dominus. & n. 9.*
8 *Augusti & Tiberii tempore Imperator Dominus jam vocabatur. Hæc appellatio evilnit ante Antonini Imperium.*
10 *Ammiani Marcellini in Constantium reprehensio quo sensu accipienda.*
11 *Imperator se dicit mundi κύριον, quod significat eum, qui habet summam potestatem; non δεσπότην, quod significat dominum, cujusmodi est dominus erga servum.*
12 *Imperator se dominum dicit quasi habentem summam potestatem, sicuti habet lex.*
13 *Dominus apud Latinos indicat tam summam auctoritatem, quàm verum dominium.*
14 *Dominii significatio multiplex. & n. 15.*
15 *Fines orbis angustiores à veteribus crediti.*
17 *Vera legis interpretatio.*
18 *Rhodiorum Lex de publicandis navibus rostratis in portu deprehensis.*
19 *Caunicorum gens & insula Rhodiis attributa iisdem legibus usa.*
20 *Rhodiorum Leges & disciplina navalis, navigationes, divitiæ, coloniæ.*
21 *Eudemonis quæstio fuit de navi, quam publicani contendebant publicam factam esse Legis Rhodiæ prætextu.*
22 *Rhodia Lex à publicanis longiùs producta. Sapientissima Antonini constitutio ad eorum improbitatem frenandam.*

NUlla ferè alia Lex à nostris interpretibus adeò vexata est, ut humanissimum
hoc, & prudentissimum Antonini Impera- 1
toris responsum. Illi enim in optimum Principem injuriosi pravâ perversâque intelligentiâ turpiter ipsum calumniati sunt, quæ dicere voluit, non rectè percipientes, & quæ noluit, affingentes. Ab injuris tam putidis, & contumeliosis operæ pretium est vindicare sapientissimum justitiæ, clementiæ, moderationis exemplar.

Primùm calumniatur ipsum Igneus, ejus- 2
que asseclæ, quòd dixerit Imperator se esse Legem maris, quid absurdius? Constitutio græcè scripta fuit: Non dixit autem, ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, νόμος δὲ θαλάσσης, sed ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης. Quæ verba significant ipsum esse mundi dominum, legem autem esse dominam maris. Quòd grecè nesciverit, non reprehendo: quòd autem id ex verbis subsequentibus non comprehenderit, error est planè inexcusabilis. *Lege id Rhodiâ, quæ de rebus nauticis præscripta est, judicetur.* Si ipse Lex est maris, quâ ratione recusavit judicare, & Eudæmonem rejecit ad Legem Rhodiam, cujus nec auctor, nec conditor fuerat?

Idem, qui ne verbum quidem ejus Legis 3
intellexit, iterum calumniatur Antoninum, quòd ita responderit irâ percitus contra piratas. Quorsum piratas intrudit? Publicani, non piratæ, merces & naufragos diripuerant, sed publicani, videlicèt qui publica vectigalia conduxerant. His potiùs obsecundare, quàm succensere, conveniebat Imperatori. Etenim, ut eleganter ait M. Tullius in *orat. pro Cn. Plancio. Hoc equitum Romanorum, ornamentum civitatis, firmamentum Reip. publicanorum ordine continetur. Nam imperium retineri sine vectigalibus nullo modo potest*: ut idem monet in *ep. 1. lib. 1. ad Q. Fratrem.* Quid causæ igitur erat, cur Imperator publicanos odio prosequi, ac persequi deberet

deberet? Sanè Cicero cum in Asia Proconsul esset, Attico suo scribit in *epistola 1. lib. 6. De publicanis quid agam, videris quærere: habeo in deliciis, obsequor, verbis laudo, orno, efficio, ne cui molesti sint.* Et in laudata epistola *ad Q. Fratrem. Quibus si adversamur, ordinem de nobis optimè meritum, & per nos cum Rep. conjunctum, & à nobis, & à Rep. disjungemus: sin autem omnibus in rebus obsequemur, funditùs eos perire patiemur, quorum non modo saluti, sed etiam commodis*
4 *servire debemus.* Prudentissime igitur Imperator, ne aut publicanos offenderet, & à se alienaret, aut nimiam licentiam, prædandique daret impunitatem; nihil ipse voluit in ea causa decernere, sed Lege Rhodiâ jussit judicari: quâ de re nec Eudæmon queri poterat, nec publicani. Idque ex consilio Volusii Metiani, qui hoc rescriptum refert in laudata *L. deprecatio. Multa enim de jure sanxit Antoninus, ususque est jurisperitis Vinidio Vero, Salvio Valente, Volusio Metiano, Ulpio Marcello, & Jaboleno.* Ita Capitolin. *in ejus vita.*

5 Denique ut hanc Legem funditus everteret, ausus est proferre, Legem Rhodiam ab Imperatore tamquam pestiferam improbari. Quid perversius? quid intolerabilius dici potest, aut cogitari? Insaniat necesse est, cui Lege perlectâ, hoc in mentem venerit. Ad Legem Rhodiam scripsere tot veteres Jurisconsulti, quorum in jure nostro clarissima sunt impressa vestigia. Extat in eo titulus *de Lege Rhodia de jactu.* Paulus *lib. 2. recept. sentent. tit. 7.* eam explicat luculenter. Strabo *lib. 14. de insula Rhodo* admirabilem dixit eunomiam Rhodiorum, & curam de rebus nauticis: & alii scriptores pariter legis Rhodiæ mentionem faciunt honorificentissimam. Ergone pestiferæ dici debent Leges græcis, latinisque litteris celebratæ? Sed hæc adeo sunt absurda, ut ne refelli quidem mereantur.

6 Interpretes magis cordati criminantur fastum, arrogantiam, superbiam Antonini, quod se mundi dominum dixerit. An id jure ac merito, videamus. Nihil magis alienum ab hoc Imperatore, quam fastus, atque jactantia. Capitolin. *in ejus vita in princ. Sobrius, diligens, agricultor, mitis, largus, alieni abstinens: & omnia hæc cum mensura, & sine jactantia.* & infrà. *Imperatorium fastigium ad summam civilitatem deduxit.* & rursus. *Amicis suis in imperio suo, non aliter usus est, quàm privatus,* & infrà. *Cum sibi & filiis honores peteret, omnia quasi privatus fecit.* En! Imperatorem in omnibus vitæ suæ partibus moderatum ac temperantem. Illud satis mirari non possum, in reprehensionem incurrere superbiæ, atque arrogantiæ, responsum seu rescriptum plenum moderationis & æquitatis; in quo Imperator abrogat sibi facultatem judicandi de proposita direptione, quam ipsi & imperii majestas, & omnis ratio, & jura omnia concedebant, eamque Legi tribuit: in quo detrahit sibi quodammodo maris imperium, quod suo jure poterat sibi vindicare, illudque arrogat Legi, quæ nullam vim, & auctoritatem habere potuisset, nisi ex Imperatoris auctoritate. At enim vocat se mundi dominum. Non est arrogans,
& insolens ostentatio? Non est ita: non est 7
profectò. Quis umquam Romam non dixit esse dominam? Quis Romanos non appellavit dominos? Quis Imperatores hoc eodem titulo non decoravit? Horat. *Carmin. lib. 4. od. 14.*

— O tutela præsens
Italiæ, dominæque Romæ.

Mart. *lib. 1. epigr. 3.*

Nescis, heu nescis dominæ fastidia Romæ.

Dionys. Halic. *lib. 1.* Arnob. *lib. 2. ipsam denique apud dominam Romam.* Leo Papa *in sermon. 1. Apostol. Nec mundi dominam times Romam, qui in Cayphæ domo expaveras sacerdotis ancillam.* & alii scriptores passim hoc titulo Romam solent insignire. De Romanis Virg. *lib. 1. Æneid.*

Romanos rerum dominos, gentemque togatam.

Arnob. *lib. 4. Romanos dominos rerum ac prin-*

cipes. Orof. *lib.* 5. *c.* 1. Romanos rerum dominos pariter vocat, & non femel Ammian. Marcellin. Tacit. *lib.* 4 *Hiftor.* Romanos communes dominos appellat. Dionyf. *lib.* 1. Claud. *Paneg.* 2. *in Stilicon* Si hoc meruerunt Romani, quidni Imperator, qui Romanis ipfis imperitabat? Plinius in *epiftolis ad Trajanum*, qui fuit omnium fere Imperatorum moderatiffimus, eum paffim dominum appellat. Mart. *epigr.* 2. *de Spectaculis.*

> *Deliciæ populi, quæ fuerant domini.*

Et alibi:

> *Edictum Domini Deique noftri.*

Tacit. *lib.* 6. *Annal.* de Caligula: *Paffieni dictum percrebuit: neque meliorem umquam fervum, neque deteriorem dominum fuiffe.* Omitto reliqua.

Non ignoro, Tiberium initio Principatus
8 hunc titulum recufaffe. Tacit. *Annal.* 2. *in fin. Acerbeque increpuit eos, qui divinas occupationes, ipfumque dominum dixerant.* Sed Tiberius folebat recufare quod flagrantiffime concupifcebat: qui imperium etiam fufcipere in Senatu recufavit, qui fingularem modeftiam oftentavit, quamdiu vixit Germanicus, quem maxime metuebat, ut hoc idem factum referens notat Dion. *lib.* 57. *Cæterum etiam vivente Augufto Romani dominos vocabant Imperatores.* Id. Tacit. 1. *Annal. in princ. Pars multo maxima imminentes dominos variis rumoribus differebant.* Paulatim verò hic titulus eviluit, ut etiam privati eo honorarentur. Argutè Mart. *lib.* 5. *ep.* 55.

> *Cum voco te dominum, noli tibi, Cinna, placere,*
> *Sæpe etiam fervum fic refaluto meum.*

Seneca *ad Lucil. Quomodo obvios, fi nomen non fuccurrat, dominos falutemus.* Mart. *lib.* 1. *ep.* 67.

> *E ferva fcis te genitum, blandeque fateris,*
> *Cum dicis dominum, Sofitiane, patrem.*

E ferva lego non *è fervo*, ut communiter, quia fic nullus effet fenfus. Imo clientes patronos fuos dominos vocabant. Mart. *lib.* 10. *ep.* 10.

> *Qui me refpiciat, dominum, regemque vocabo?*
> *Cum te non noffem dominum, regemque vocabam.*

Attuli teftes, qui ante Antoninum floruerunt. Eftne igitur grave piaculum, fi Imperator dominum fe effe dicat, cum privati quoque, & quidem non admodum illuftres, hunc titulum ufurparent?

Atqui non folum fe dominum appellat, 9
fed mundi dominum. Hic eft fcrupulus, qui male habet noftros interpretes. Quid hoc eft quæfo? Numquid aliter de Roma, de populo Romano, de Imperatore locuti funt fcriptores, etiam tunc cum Romanum imperium nondum erat tam longe, lateque diffufum? Cic. in *Philip.* 2. *Sed quis umquam tantis opibus, tantis rebus geftis fuit, qui fe Populi Romani victoris, dominique omnium gentium tutorem dicere auderet?* Tacit. *lib.* 3. *Hiftor. Ne quifquam adeo rerum humanarum immemor, quem non commoveret illa facies, Romanum Principem, & generis humani paulo ante dominum, relictâ fortunæ fuæ fede, per populum, per urbem exire de Imperio.* Id. Cic. *in* 1. *Catilin. Qui de hujus urbis, atque adeo orbis terrarum exitio cogitet.* Et in 2. *Agrar. in Rull. Vix mehercule fervis hoc eum fuis, non vobis omnium gentium dominis probaturum arbitrarer.* Et ad *Attic. lib.* 1. *ep.* 16. *Multifque verbis fuis mihi falutem Imperii, atque Orbis terrarum adjudicavit.* Brutus apud Ciceronem *epift.* 16. *lib.* 2. *epiftolarum ad Brutum*: *Ut Octavius orandus fis pro falute cujufquam civis, ne dicam pro liberatoribus orbis terrarum.* Ariftid. *in orat. de Roma*: μηκέτι θαυμάζειν, εἰ ὑπὸ τοσαύτης ἄρχεται πᾶσα ἡ οἰκουμένη. *Mirandum non eft, tantam civitatem toti orbi imperare.* & infrà: τὴν ἴσην τῷ ἡλίῳ πορείαν ὑμᾶς ἥκειν ὑμετέραν. *Curfum folis æqualem effe veftro Imperio.* Et infrà non femel ait, omnes

terras, quæ incoluntur, imperio Romano esse subjectas. Leo Papa *in nativitate Apostol. Serm.* . *Nec mundi dominam times Romam, qui in Caiphæ domo expaveras sacerdotis ancillam.* Huc refero Arnobii illud de Christo *in lib.* .. *in princ. Numquid regiam sibi vindicans potestatem, terrarum orbem cunctum legionibus infestissimis occupavit?* Pacat. *in Panegyr. Theodos. Cui toto orbe terrarum privata, vel publica redduntur.* Ammian. Marcellin. *lib.* 14. *de Roma: Ex omni plaga, quam orbis ambit immensus, reportavit laureæ triumphos.* & infrà: *Per omnes, quotquot sunt, partes terrarum, ut domina suspicitur & regina.* & Lib. 19. *Nostris virtutes Constantii Cæsaris extollentibus, ut domini rerum, & mundi* Dionys. ἡ τῶν Ῥωμαίων πόλις ἁπάσης μὲν ἄρχει γῆς. *Romanorum civitas imperat universæ terræ.* Cedrenus, πᾶσαν δουλωσάμενος τὴν οἰκουμένην. *In servitutem redigens universum orbem.* Id. Dionys. ἀνατολάς καὶ δύσεις ὅρους ποιησάμενος τῆς δυναστείας. *Faciens Imperii terminos ortum, & occasum.* Minutius *de Romanis: Eorum potestas, & auctoritas totius orbis ambitus occupavit.* Philo Jud. *de Legat. ad Cajum:* τίς γὰρ ἰδὼν Γάϊον μετὰ τὴν Τιβερίου Καίσαρος τελευτὴν παρειληφότα τὴν ἡγεμονίαν πάσης γῆς καὶ θαλάττης. *Quis enim videns Cajum per mortem Tiberii Cæsaris suscipientem Imperium totius terræ, & maris.* & infra: συμπάσης τῆς οἰκουμένης, *universæ terræ.* Historicis, & Oratoribus poëtas adjiciamus. Familiam ducant poëtarum maximi, Virgilius, & Horatius. Ille *lib. 6. Æneid.*

> *En hujus, nate, auspiciis illa inclyta Roma*
> *Imperium terris, animos æquabit Olympo.*

Hic *lib. 3. carm. od. 3.*

> *Quicumque terris terminus obstitit*
> *Hunc tangat armis, visere gestiens*
> *Qua parte debacchentur ignes,*
> *Qua nebulæ, pluviique rores.*

Id. *lib. 4. od. 15.*

> *— & imperii*
> *Porrecta majestas ad ortum*
> *Solis ab Hesperio cubili.*

Tibull. *lib. 2. Eleg. 5.*

> *Roma tuum nomen terris fatale regendis*
> *Qua sua de cœlo prospicit arva Ceres,*
> *Quaque patent ortus, & qua fluitantibus undis*
> *Solis anhelantes abluit amnis equos.*

Claudian. *lib. 1. in Eutrop.*

> *— omne, quod ambit*
> *Oceanus, domui*

Et de *bello Gildonico*, & *in 3. Panegyr. Stilicon.*

Coripp. *lib. 2.*

> *Terrarum dominus Christus dedit omnia posse.*

Ac ne quis me ad poëtas, fabularum fictores, confugisse cavilletur, do testem religiosissimum, certissimumque Lucam Evangelistam, qui *cap. 2. vers. 1.* refert: *In diebus illis exiit edictum à Cæsare Augusto, ut describeretur universus orbis.* Universum orbem dicit imperium Romanum. Neque enim Augustus describi mandaverat, nisi gentes sibi subjectas. Quid ergo rei est, cur cavillemur in optimo Imperatore, quod scriptores omnes sacri, profani, Oratores, Historici, Poëtæ, ei convenire censuerunt.

Non ignoro, Ammian. Marcellin. *lib.* 15. 10
in princ. objurgare Constantium, quem ubique vituperat, *quod dictando, scribendoque propria manu orbis totius se dominum appellaret: quod dicentibus aliis indignanter ferre deberet, &c.* Sed observandum est, quod hoc damnat in Constantio, *quia prædicabat, se ad æmulationem civilium Principum vitam, moresque suos formare diligentiâ enixâ laborare*, ut statim subjicit. Hanc Constantii jactantiam refert ut mihi videtur ad Augustum & Tiberium, quos æmulari se velle prædicabat. Clementiam, & civilitatem Augusti laudat Sueton. *cap.* 51. & hujus vir-

tutis exemplum refert in *cap.* 53. his verbis: *Domini appellationem ut maledictum & opprobrium semper exhorruit.* & paulo infra: *Dominumque se posthac appellari ne à liberis quidem, aut nepotibus suis vel serio vel joco passus est.*

Magna sane animi moderatio. Sed nondum hic titulus adeo erat in usu, & auctoritas ac potestas Principis, & Imperii status nondum fundatus erat, ad quod ipse privatus ascendebat. Civilitatem quoque Tiberii extollit idem Sueton. *in ejus vita cap.* 26. *Civilem se admodum inter initia, ac paulo minus quam privatum egit.* Deinde *cap.* 27. refert inter alia hoc exemplum: *Dominus appellatus à quodam denuntiavit, ne se amplius contumeliæ causa nominaret.* Exemplo scilicet sui patris, qui hanc appellationem ut maledictum & opprobrium semper exhorruit. Hic autem non semper, sed inter initia Principatus. Cur initio ita se gesserit, ostendit toto *cap.* 25. & supra indicavimus. Etiam Alexander Severus *Dominum se appellari vetuit. Epistolas ad se quasi ad privatum scribi jussit.* Sed hic *ad remedium generis humani accepit Imperium*: ita scribit Lampridius *in ejus vita.* Hos certe non est æmulatus Constantius, nec mores suos, vitamque ad horum exempla composuit. Horum igitur comparatione vitupetandus est. Hoc amplius observandum, quod Ammianus sive obtrectandi studio, sive quia Constantius præter mundi totius dominum, æternitatem etiam sibi arroganter adsciscebat, verbum illud *mundi* accipit pro universo, quasi Constantius jactaret, se esse dominum cœli, ac terræ. Subdit enim, quod etsi plures mundos regeret, tamen universitatis dici non posset, cum secundum mathematicos *ambitus terræ totius ad magnitudinem universitatis, brevis obtineat puncti.* Nimirum scriptor hic & ad obtrectationem propensior est, & sæpe oratorio more, quæ narrat, exaggerat, non historica ingenuitate exponit. Quid enim hac de re ipse sentiret, in præcedenti libro ingenuè fatetur. Ibi enim describens ætates populi Romani, ejusque incrementa, ait: *In juvenem erectus, & civium, ex omni plaga, quam orbis ambit immensus reportavit laurea triumphos.* Enim verò rectè. Nam & Cicero de *Provinc. consular.* *Nulla gens est, quæ non aut ita subacta, ut vix extet: aut ita domita, ut quiescat: aut ita pacata, ut victoriâ nostrâ, imperioque lætetur.* Inter acclamationes Aureliani, quas refert Vopiscus *in ejus vita*: *Per quem totus Romano nomini orbis est restitutus*; & in *vita Taciti*: *Te deligimus, te Principem facimus: tibi curam Reip. orbisque mandamus.* Sueton. in *Augusto cap.* 94. *Quo natus est die, cum de Catilinæ conjuratione ageretur in curia, & Octavius ob uxoris puerperium tardiùs affuisset nota ac vulgata res est, P. Nigidium comperta moræ causa, ut horam quoque partus acceperit, affirmasse dominum terrarum orbi natum.*

Plura, quam necesse foret, fortasse cumulavi, ut ostenderem, in re tam usitata tamque communi omnium scriptorum consuetudine, injuriâ reprehendi optimum Imperatorem; quæ, ut opinor, quibusdam satietatem afferent, atque fastidium. Ego autem, qui non sum stomachi adeo delicati, in his non acquiesco: sed longiùs progredior observando, quod Antoninus non dixit se esse
mundi δεσπότην, sed κύριον. In hoc, ut mihi 11
videtur, alterum ab altero differt, quòd illud proprie dominum significat, cujusmodi est dominus erga servos: hoc verò propriè significat eum, qui auctoritatem ac potestatem habet, etiamsi verè ac propriè dominus non sit. Lucian. Nig. οἱ Ἀρκάδες ἐν τοῖς ἑστιάσεσιν ὑποδέχονται τοὺς δεσπότας καὶ τοὺς δούλους. *Arcades in conviviis dominos & servos recipiunt.* Dion *lib.* 57. de Tiberii benignitate & summa æquitate ante mortem Germanici. οὔτε γὰρ δεσπότην ἑαυτὸν τοῖς ἐλευθέροις, οὔτε αὐτοκράτορα πλὴν τοῖς στρατιώταις καλεῖν ἐφίει. *Neque dominum à liberis hominibus: neque Imperatorem, nisi à militibus, se vocari permittebat.* & paulo infra: καὶ πολλάκις γε ἔλεγεν, ὅτι δεσπότης μὲν τῶν δούλων, αὐτοκράτωρ δὲ τῶν στρατιωτῶν, τῶν δὲ λοιπῶν πρόκριτός εἰμι. *Sæpe dicebat, sum quidem dominus servorum: militum Imperator: cæterorum vero Princeps.* Utrobique utitur verbo δεσπότης, non verò

κύριος. Aristid. in laudata oratione apposite distinguit regem, & imperatorem ab hujusmodi domino. Ait enim de legibus Persarum: οὕτω γὰρ ἦν καὶ ἀρχὴ τὸ δεσπόζειν διῄρητο: ἀλλ' ἦν ἴσον βασιλεὺς καὶ δεσπότης. *Nondum Imperium à dominatu distinguebatur, nec differebat Rex à domino.* Utitur verbis δεσπόζειν & δεσπότης. Non ignoro, quod etiam aliquando more Persarum Princeps dicitur δεσπότης, ut apud Lucianum δεσπότης 'Αναξ. distinguitur tamen à verbo κύριος juxta propriam significationem. Demosthen. *pro Coron.* δεσπότης, ἡγεμὼν κύριος πάντων. *Dominus, dux potestatem habens omnium.* Illud refertur ad eos, qui serviunt: hoc ad eos, qui sunt Imperio, ac potestati subjecti. Dicitur enim κύριος quasi κῦρος ἔχων, hoc est, potestatem & auctoritatem habens. Ideoque κύριος est, qui summam potestatem habet, ut rectè animadvertit Budæus in *Comment. Ling. Græc.* Demosth. *de falsa. legat.* τὴν βουλὴν ποιήσαντος τοῦ δήμου κυρίαν ἀποστεῖλαι τοὺς πρέσβεις τὴν ταχίστη. *Cum populus Senatui potestatem dedisset quam citissime dimittendi legatos.* Polyb. *de Polit. Roman.* τιμωρίας κύριος ὁ δῆμος. *Pœnæ arbiter populus:* summa puniendi potestas penes populum. Demosth. καὶ τὰ κύρια ἄλλα ποτ' ἐστὶν ἐν ἑκάστη τῶν πόλεων. *Et quicumque summates in quacumque civitate potestatem habent.* Notat Budæus, etiam tutores κυρίους appellatos. Hoc amplius, quæ rata, firma sunt & pollent auctoritate κύρια dicuntur: hinc κύριος νόμος, κυρία γνῶσις, κυρία ἡμέρα, fixa, & præstituta dies.

12 His probe constitutis, quid est, in quo reprehendi possit Antoninus? Numquid non habebat supremam in mundo auctoritatem, ac potestatem? Et hoc sensisse Antoninum perspicue apparet: quemadmodum enim se ipsius mundi dominum vocat, ita & legem dominam maris: atqui lex non habet verum, propriumque maris dominium, sed auctoritatem, ac potestatem disponendi de rebus maritimis, quam ipsi tribuit legislator, qui ipsam condidit, sanxitque & sua auctoritate comprobavit. Scire Cic. *in orat. pro A. Cluentio: leges* ait *esse fundamentum libertatis.* & postmodum: *Legum denique idcircò omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Legis virtus est imperare, prohibere, permittere, punire, ut ait Celsus in *l. Legis virtus 7. ff. de Legib.* Imperio autem Legum obtemperare, vera libertas est. Hujuscemodi Imperium sibi arrogat Antoninus, cum ait ἐγὼ μὲν κόσμου κύριος. Haud aliter Alexander Magnus cum Anaxarchi de mundorum infinitate opinionem audiens flevit, & interrogantibus amicis, quid ipsi accidisset mali, respondit: οὐκ ἄξιον δακρύειν εἰ κόσμων ὄντων ἀπείρων ἑνὸς οὐδέπω κύριοι γεγόναμεν. *Annon flere convenit, quod cum infiniti sint mundi, nondum unius domini facti sumus?* Simile est igitur utrinque imperium regis, ac legis: neutrum, ut nos dominio subigat, cogatque servire, comparatum est, Sed ut nos regat, tueatur, saluti felicitatique nostræ consulat, atque provideat.

Quamvis autem apud Græcos nomen illud κύριος sit multo lenius, ac remissius, quàm apud Latinos *dominus*: tamen & apud Latinos sæpenumero indicat solummodo præcipuam auctoritatem, potestatemque, non verum dominium. Cic. *lib. 1. in Verr. Interea comitia nostra, quorum iste, sicut ceterorum hoc anno comitiorum, dominum esse arbitrabatur.* & *lib. 5. in Verr. ipsum Prætorem, quod tota Sicilia prospexerit, redemptorem decumarum, atque adeo aratorum dominum, ac Regem fuisse.* Id. *lib. 3. de Legib. Senatus dominus publici consilii.* Id. *pro Corn. Balb. Sui quemque juris retinendi, ac dimittendi esse dominum:* hoc est, habere facultatem, potestatemque. Id. *lib. 3. de offic. Una quædam virtus omnium domina & regina virtutum.* Et de animo: *eumque ut dominum, atque imperantem obedienti prefecit corpori.* Recte. Ait enim *pro A. Cluent. Mens, & animus & consilium, & sententia civitatis posita est in legibus.* Ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege, suis partibus, ut nervis ac sanguine & membris, uti non potest. Sicut igitur animus dominatur in corpore, ut ipsum conservet, ac regat, quo vigeat, crescat, & omnibus muneribus corporis apte congruenterque fungatur: ita Princeps legesque dominantur in civitate. Quocirca do- 13

minium Principis neque tollit dominium privatorum, neque ipsi obest, aut adversatur, sed tuetur, atque conservat. Rectè Seneca *de Benefic. lib. 7. c. 4. Jure civili omnia regis sunt: & tamen illa, quorum ad regem pertinet universa possessio, in singulos dominos descripta sunt, & unaquæque res habet possessorem suum.* Subjicit deinde: *Ad regem enim potestas omnium pertinet, ad singulos proprietas.* Dominium regis consistit in suprema illa potestate præcipiendi: cæterum verum dominium, videlicet jus perfectè disponendi de rebus suis habent ipsi privati. Verbum enim *proprietas* apud Senecam non pro nuda proprietate est accipiendum, sed pro pleno, perfectoque dominio, ut sæpe accipitur in jure nostro *l. qua ratione 9. §. item si 6. ff. de acquir. rer. dom. l. si procurator 13. ff. eod. & l. cum in corpus 36. in fin. eod.* Id. Senec. *Totus ager hujus aut illius Reip. est, &c. ideoque donare agros nostros Reip. possumus, quamvis illius esse dicantur, quia aliter illius sunt, aliter mei.* Et c. 5. *quemadmodum sub optimo Rege omnia rex imperio possidet, singuli dominio.* Copiose admodum Dio. Chrysostom. *in Rhodiaca, pag. mihi 324. & seq.*

14 Neque hæc abhorrent à jure nostro, in quo pluribus modis dominium dicitur. In *l. Pronuntiatio 195. §. familiæ ff. de V. S. Paterfam. appellatur, qui in domo dominium habet.* Dominium, hoc est, summam potestatem. Dominus enim à domo. Ennius apud Ciceronem: *O domus antiqua, quam dispari domino dominaris?* Quare Lactant. *lib. 4. inst.* ait, dominum eumdem esse, qui & pater. Pater enim in domo supremam habet potestatem, & auctoritatem. Habebant etiam Romani dominium de jure quiritium, quod modis solemnibus acquirebatur, & dominium bonitarium, quod transferebatur simplici traditione. Qui erat dominus de jure quiritium, habebat summum, legitimum, perfectumque dominium; alter habebat rem in bonis, & ex ea commodum omne percipiebat. Quo pertinet illud Ciceronis in *epist. 30. lib. 7. Nisi haberem socium studiorum meorum Atticum nostrum, cujus quando proprium te esse scribis mancipio, & nexu; meum autem usu, & fructu; contentus isto sum.* Id enim cujusque est proprium, quo quisque fruitur atque utitur. Et in *Epist. 2). Sum enim* χρήσει *μὲν tuus,* κτήσει *δ' Attici nostri. Ergo fructus est tuus: mancipium illius.*

Verum & aliæ sunt hujus vocis significationes. In *l. in venditionem ff. de reb. aut. jud. possid.* appellatione domini fructuarius quoque continetur, & dominium ususfructus dicitur in *l. 3. in fin. ff. si usufr. pet.* & servitutes domini appellatione continentur *l. semper 1 . §. ergo 8. ff. quod vi aut clam.* & dominium hæreditatis nominatur in *l. his verbis 42. in princ. ff. de hered. instit.* dominium proprietatis in *l. acquiruntur §. 10. de iis & l. quod fructuarius 40. ff. de acquir. rer. dom.* Quid? quod etiam ille, qui in conviviis erat arbiter bibendi, ut vocatur ab Horatio, & modimperator dicebatur, quia modum ac normam bibendi præscribebat, & imperabat, à Cic. *in Verr. in frumentaria* dominus dicitur. *In cubiculo solus, in convivio dominus.* Neque enim assentior Cujacio, qui putat hîc dominum dici, qui convivium exhibet, quod aliquando significari non abnuo, ut Non. Marcell. affirmat. Verum hoc loco nihil leporis ac salis haberet. Qui in convivio Leges ponebat, rex ac dominus vocabatur. Horat. *lib. 1. od. 4.* 15

Nec regna vini sortiere talis.

regem ac dominum junxit Mart. ut suprà:

Qui me respiciet regem, dominumque vocabo?

Apronius igitur in convivio erat dominus, rex, modimperator; Leges ponebat, quibus Verres ipse obtemperabat. Id. Cic. *lib. 5. Iste enim Prætor severus, ac diligens, qui populi Romani legibus numquam paruisset, illis diligenter legibus, quæ in poculis ponebantur, obtemperabat.* De conviviis Verris paulo post: *Huc omnes mulieres, quibuscum iste consueverat, conveniebant, quarum, incredibile est, quanta fuerit Syracusis multitudo: huc homines digni istius amicitiâ, digni vitâ*

illa, conviviisque conveniebant. Inter ejusmodi viros, ac mulieres adulta etate filius versabatur: & reliqua, quæ sequuntur. Sæpè autem ejusmodi convivia exprobrat Verri Cicero In his conviviis dominabatur Apronius, cui magisterium Verres deferebat, non jactu talorum assequebatur. Cato apud Cic. *de Senect. Me vero, & magisteria delectant à majoribus instituta, & is sermo, qui more majorum à summo magistro adhibetur in poculis.* Exprobrat igitur Verri familiaritatem, & quotidianam ac domesticam Apronii hominis nequissimi consuetudinem, qui ei adsidebat proximus in tribunali ad corrumpenda judicia, solus in cubiculo, ut cum eo de furtis, ac libidinibus consultaret: dominus in convivio, ut leges conviviis poneret, magister, rex, dictator, strategus, ut hunc voc t argutè Plautus. Scite autem opponit illa duo Cicero: *in cubiculo solus, in convivio dominus*: in cubiculo enim solus, ut secreto de rebus pessimis colloqueretur: in convivio vero dominus, ut in illo strepitu, & incondito clamore convivarum multitudini imperaret. Sed jam eo, unde digressi sumus, revertamur. Idem Cicero judicem vocat dominum rei *lib. 2. d. orat.* & judiciorum dominos *ib. 1. in Verr.* & dominos auctionum in *orat. pro P. Quinct.* omnesque alios, qui aliqua potestate præditi sunt.

16 At Imperator Antoninus non habebat supremam potestatem in toto mundo. Huic argumento respondet Aristides in laudata oratione. *Quid? quod nihil vos effugit, non urbs, non gens, non portus, non locus ullus, nisi quem pro inutili habuistis.* Appian. in præfat. *In summa ut sunt prudentes, contenti maritimis regionibus omnium optimis, malunt has excolere, quam Imperium in infinitum proferre ad gentes barbaras, inopem domi, & nil fucci afferentes dominis. Quarum aliquod ego vidi in urbem legatos venisse, ut se, suosque populares dederent: nec receptos ab Imperatore, ut ipsi inutiles, &c.* Græca prætermisi, ne fastidio sim græcarum litterarum fastidiosis. Galgacus ille Britannus apud Tacit. *in vita Agric.* in Romanos Britanniam bello lacessentes acerbe invehitur. *Sed nulla jam ultra gens, nihil nisi fluctus, & saxa: & interiores Romani, quorum superbiam frustra per obsequium & modestiam effugeris. Raptores orbis postquam cuncta vastantibus defuere terra, & mare scrutantur: Si locuples hostis est, avari; si pauper, ambitiosi: quos non Oriens, non Occidens satiaverit &c. Interiores Romani*: verba hæc nemo fere approbat: omnes ea mutant, alii aliter. Ego nihil mutandum censeo. Ait enim, quod ultra Britanniam nulla gens, nihil nisi fluctus, & saxa: intra vero esse Romanos, qui non solum totum terrarum orbem occupaverant, sed etiam magna ex parte Britanniam, & ut totam in potestatem redigerent, summa ope certabant. Supra dixerat: *nulla ultra terra, ac ne mare quidem securum*, & deinceps: *nos terrarum ac libertatis extremos*. Ultra Britanniam & Oceanum nihil erat, quod in ditionem redigere possent, intra Oceanum omnia subegerant: ulteriora non poterant, quia non erant; interiora jam possidebant. Claudian. *1. in Eutrop.*

> *— Omne, quod ambit*
> *Oceanus, domui.*

& iterum

> *Nec stetit Oceano, remisque ingressa profundum*
> *Vincendos alios quæsivit in orbe Britannos.*

In alio orbe sitam Britanniam opinabantur. Virg. *eclog. 1.*

> *— & toto divises orbe Britannos.*

Ultra Britanniam nihil esse. Eumenius Rhetor. *Ultra Oceanum vero quid erat præter Britanniam?* Imo ultra progredi non licere putabant. Id. *nulla progrediendi causa superest, nisi si (quod natura vetuit) fines ipsius quærantur Oceani.* Et Arrianus: Θεία τινὶ δυνάμει Θεῶν ἀνθρώποις dixit, *alia loca fatali quadam Deorum potentia non fuisse inventa.*

Itaque Britanniam orbis terminum verè dicit Tacitus: ita etiam Catullus *ultimam Britanniam*, & Horatius *ultimos orbis Britannos*. Censenda enim & æstimanda res est non secundùm notitiam, quam nunc habemus: sed secundúm eorum temporum opinionem.

17 His expositis, plana est & perspicua, nullisque involuta difficultatibus legis sententia. Naufragus Eudæmon direptus à publicanis Cycladum, contra direptores supplicat Imperatorem, eumque invocat, *Domine Rex*, κύριε βασιλεῦ Ἀντωνῖνε. Antoninus auditâ Eudæmonis prece respondit se dominum quidem esse, (refutavit nomen Regis, quod apud Romanos erat odiosum), scilicét mundi dominum, hoc est, se obtinere potestatem, & imperium mundi. Hoc autem non dixit, ut se magnificè jactaret, sed ut imperium, & potestatem suam cum lege partiretur, ac legi Rhodiæ communicaret, & rationem redderet, & causam afferret, cur preces supplicantis non exaudiret, nec in ea causa quicquam vellet decernere: nempè quia decidenda erat ex præscriptione Legis Rhodiæ, quam in rebus maritimis observari volebat, sicut etiam Augustus olim judicaverat. Vides ut ejusmodi rescriptum seu potiùs responsum sit plenum moderationis, humanitatis, justitiæ? Imperium mundi, quod ipse habebat, legi communicat. Quamvis sit Imperator, sibi non asserit auctoritatem decernendi, atque ne causæ quidem cognitionem. Facti rationem reddit supplicanti, comprobat eam exemplo & auctoritate Augusti quem honorificentissimè θειότατον, divinissimum, appellat: qui titulus tum temporis non erat adeò usitatus, quamvis posteà gliscente adulatione invaluerit, ut constat ex Evagrio *Lib.* 3. Eusebio *Histor. Eccles. Lib.* 9. Socrat. *Lib.* 6. & aliis.

18 Species hujus legis desumi potest à M. Tullio, qui in *Lib.* 2. *de inventione* hujusmodi quæstionem, causamque proponit. *Lex est apud Rhodios, ut si qua rostrata in portu navis deprehensa sit, publicetur. Cùm magna in alto tempestas esset, vis ventorum invitis nautis Rhodium in portum navim coëgit. Quæstor navim populi vocat. Navis dominus negat publicari oportere.* Et infrà: *Judicatio est. Cùm rostratam navim in portu deprehensam lex publicarie, cumque hac navis invitis nautis vi tempestatis in portum conjecta sit: oporteatne eam publicari?* En judicatio Eudæmonis. Legem hanc latam fuisse puto, postquàm Heraclides Tarentinus fraudulenter à Rhodiis in portum receptus, opem in bello contra Philippum ab illo sperantibus, naves eorum incendit, ut narrat Polyæn. *lib.* 8. Sylla insulas quasdam Rhodiis 19
attribuit. Cic. *Lib.* 1. *epist.* 1. *ad Q. Fratr. Caunii nuper omnes ex insulis, quæ erant à Sylla Rhodiis attributa, confugerunt ad senatum nobis ut potius vectigal quàm Rhodiis penderent.* At Dion Chrysost. *in Rhodiaca*, ait Caunios propter excedentem dementiam atque nequitiam duplici servitute oppressos non solùm Rhodiis, sed etiam Romanis servire. Non est igitur, ut mihi videtur, ambigendum Caunios & insulas Rhodiis attributas iisdem legibus usas fuisse. Illud verisimile est plerasquè etiam insulas Aegæi maris, leges, & navalem disciplinam Rhodiorum adscivisse: Rhodii enim imperium maris diu tenuerunt. Strabo *Lib.* 14. ἐθαλαττοκράτησε πολὺν χρόνον. *imperium maris diu tenuit.* Euseb. *in Chron.* τέταρτοι ἐθαλασσοκράτησαν Ῥόδιοι. κατὰ δέ τινας πέμπτοι *Quarti maris imperium tenuerunt Rhodii, & secundum aliquos, quinti.* Aristid. *in Rhodiaca* ὑπερέβαλλε δὲ τοῖς λιμέσι τὰ νεώρια ὅσα καὶ οἷα ἦν ὅτε τῆς θαλάττης ἐκρατεῖτε. *Incumbentia verò portubus navalia, quanta & qualia fuerunt, cùm imperio maris potiebamini.* Dion. Chrysost. *in Rhodiaca orat.* 31. *in princ.* τοῦτο ἐποίησε τοὺς ὑμετέρους προγόνους ἅπασαν γῆν καὶ θάλατταν ἐμπλῆσαι τροπαίων. *Hoc in causa fuit cur majores vestri omnem terram & mare tropheiis impleverunt.* Et circa medium ὅτε Μιθριδάτης καθαιρεθεὶς οὐδ' Ἀντίοχος οὐδ' ἡ τῆς θαλάττης ἀρχὴ παραδοθεῖσα διὰ πολλῶν κινδύνων καὶ πόνων. *Neque devictus Mithridates, neque Antiochus, neque maris imperium per multa pericula laboresque acquisitum.*

Item celeberrimæ erant Rhodiorum leges, 20
& disciplina navalis. Cic. *pro Lege Manil.* Non

Non Rhodiorum, quorum usque ad nostram memoriam disciplina navalis, & gloria remansit. Strabo, *Lib.* 14. θαυμαστὴ δέ καὶ ἡ εὐνομία καὶ ἡ ἐπιμέλεια πρός τε τὴν ἄλλην πολιτείαν καὶ περὶ τὰ ναυτικὰ ἀφ' ἧς ἐθαλασσοκράτησε πολὺν χρόνον. *Admirabilis verò est legum constitutio & cura tum Reip. tum rei nauticæ, qua maris imperium obtinuit.* Dion *in Rhodiaca*: συνεχῶς τριήρεις πλεῖν οὐ μέχρι Κύπρου καὶ Κιλικίας, ἀλλ' ὅτε μὲν εἰς Αἴγυπτον, ὅτε δὲ εἰς τὸν Εὔξινον τὸ δὲ πλεῖστον ἐν αὐτῷ τῷ Ὠκεανῷ. *Assiduè triremis navigare non solùm usque Cyprum & Ciliciam: sed aliquandò in Ægyptum, aliquandò in Euxinum, denique in ipso etiam Oceano.* Ait autem Rhodios emisisse aliquandò classem centum & complurium navium, & rursum septuaginta & aliarum triginta, atque has interdum non nisi post triennium aut quadriennium revertisse. Liv. *Lib.* 37. *Præstabant Rhodiæ naves agilitate, & arte gubernatorum, & scientiâ remigum.* Ipsi etiam piratis mare purgarunt. Strabo: καὶ τὰ λῃστήρια καθῄρει. Et servandorum hominum causâ longè à patria navigarunt, & in Hispaniam colonias deduxerunt, & Baleares insulas condiderunt, ut refert idem Strabo. Quocirca & è mari natos fuisse fabulabantur, ut refert Diod. Sicul. *Lib.* 5. & Jovem aureum imbrem supra Rhodum effudisse & aureis nivibus urbem irrigasse, ut Hom. *Iliad. Lib.* 2. & Pindar. *Olymp. od.* 7. quorum meminit Arist. *in Rhodiaca* & alii non pauci. Nimirum navigatio, & mercatura, & potentia immensas opes congesserunt. Propterea apud nonnullos Rhodii erant oppido invidiosi, ut monet Dion *in Rhodiaca.* Cùm igitur & legum præstantia, & rei nauticæ scientia, & opulentia, ac potentia cæteris longè antecellerent Rhodii, vero simillimum est, non solum insulas ipsis subjectas, sed etiam plerasque alias Ægei maris eorum leges & instituta servasse.

21 Finge jam, quod profectò non erit à veritate alienum, Eudæmonis navem jactatam tempestatibus & afflictam ad Cauni portum, vel aliquam insulam, quæ Rhodiorum Lege regeretur, appulisse, publicanos autem navim, quam publicam factam, fuisse contendebant, diripuisse Legis Rhodiæ prætextu: & Eudæmonem implorasse opem Antonini, eumque respondisse, rem hanc Lege Rhodiâ decidendam. Annon hæc omnia sunt justitiæ consentanea & juris ordini conveniunt? Atqui Lex Rhodia tantummodò de nave rostrata scripta erat. Quid? an quisquam vidit navem Eudæmonis, ut certò possit affirmare, eam non fuisse rostratam, adeòque Lege Rhodia non fuisse comprehensam? Scio, in minoribus navigiis rostra imponi non consuevisse, sed navibus longis. Hirt. *de bello Alexandr. c.* 44. *Vatinius cùm paucas in portu naves longas haberet, navibus actuariis, quarum numerus satis erat magnus, magnitudine quamquam non satis justa ad præliandum, rostra imposuit.* Vitruv. *Lib.* 10. *Is aries habuerat de ferro duro rostrum, ita ut naves longæ solent.* Rectè *solent*: Non enim omnes longæ naves habebant rostrum æneum, aut ferreum, sed illæ tantum, quæ ad bellum, & prælia construebantur. Argumento est, quod thalamegi naves rostris erant ornatæ. Eas enim θαλάμηγα χρυσόπρυμνα καὶ χρυσέμβολα, dicit Appianus *in Præfat. thalamegi auratis puppibus ac rostris.* Thalamegos autem à navibus æratis distinguit Senec *de Benef. Lib.* 7. *c.* 20. imò has illis opponit. *Cui triremes, & æratas non mitterem, lusorias, & cubiculatas, & alia ludibria Regum in mari lascivientium mittam. Triremes, & æratas beneficii rependendi caussa mittendas non esse Regi fero immanique, qui perniciem exitiumque populis earum ope sit allaturus.* Hæ enim ad bellum paratæ erant. *Cubiculatas*, hoc est, thalamegos, quæ ad fovendam lascivientis luxuriam sunt ædificatæ, mitti quia nulli perniciem afferunt. Celeberrima est navis thalamegus à Ptolomæo Philopatore constructa, ut Nili navigatione luxuriaretur, quam concinnè copiosèque describit Athen *Dipnos. Lib.* 5. & thalamegus Cleopatræ, in qua cum Cæsare luxuriabatur. Sueton. *in ejus vita c.* 52. *Cum qua & convivia in primam lucem sæpe protraxit, & eadem nave thalamego penè Æthiopiâ tenus Ægyptum penetravit.* Igitur

naves rostratæ quidem habebant rostrum ære ferrove, ut plurimùm tricuspide armatum, quo naves inimicas incursu præcipiti foderent, ac scinderent, ac sæpè submergerent: atque hæ naves *æratæ* dicebantur. Aliæ habebant rostrum neque ferro neque ære munitum, vel ornamenti causâ, vel ut faciliùs maris undas finderent, & mare sulcarent. Scitè Virgil. 5. *Æneid.*

—— totumque dehiscit
Convulsum remis, rostrisque tridentibus æquor.

Lucan. *in Lb.* 3.

—— nam murmure vasto
Impulsum rostris sonuit mare.

Id. Virgil. *Lib.* 1. *vers.* 39.

Vela dabant læti, & spumas salis ære ruebant.

Sed hæc accuratiùs examinare non est hic locus Planè Eudæmonis navem, quâ tam magnum iter in Italiam usque conficiebat, rostratam fuisse non dubito. Quid enim, si in piratas incidisset?

21 Nec illud quidem ambigendum puto, quin Lex Rhodiorum longiùs protracta fuerit atque producta usu invalescente, & publicanorum audaciâ, & aviditate. Porrò Antoninus ad frænandam eorum improbitatem constituit in *L.* 1. *C. de naufrag. Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad litus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat; fiscus meus sese non interponat Quod enim jus habeat fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosâ compendium sectetur?* Hanc Legem Antonini esse, licèt aliter inscribatur, rectè putant eruditi. Patet ex *l. ult. ff. de incendio, ruinâ, naufrag. Licere unicuique naufragium suum impunè colligere constat: idque Imperator Antoninus cum Divo Patre rescripsit.* Vide, quò processerat improbitas publicanorum. Rectè Juvenalis.

Res fisci est, ubicumque natat.

Tacit. *Lib.* 13. *annal.* 50. *Eodem anno crebris populi flagitationibus immodestiam publicanorum arguentis, dubitavit Nero, an cuncta vectigalia tolleret: idque donum generi mortalium daret.* & paulò post: *Temperandas planè publicanorum cupidines, ne per tot annos sine querela tolerata novis acerbitatibus ad invidiam verterent.* Subjicit hic edictum Imperatoris. Frequentes erant populorum querelæ ad Senatum contra publicanos. Cic. *ad Attic. lib.* 1. *Ep.* 15. *Cato, qui miseros publicanos, quos habuit amantissimos sui, tertium jam mensem vexat, neque à Senatu responsum dari patitur &c. quare etiam legationes rejectum iri puto.* Maximè contra Rhodios. De Cauniorum querelis Cicero ad *Q. Fratrem epist.* 1. *lib.* 1. cujus verba suprà attulimus. Liv. *lib.* 41. *Æquè miserabilis legatio Lyciorum, qui crudelitatem Rhodiorum, quibus à l. Scipione attributi erant, querebantur: fuisse sub ditione Antiochi: eam regiam servitutem collatam cum præsenti statu præclaram libertatem visam.* Caunii quoque aliquando à Rhodiis defecerunt, sed judicio Romanorum iterum in ditionem redacti. Strabo, *lib.* 14.

CAPUT V.

Ad Eandem L.

SUMMARIUM.

1 *Expenditur V. Cl. emendatio.*
2 *Æthalia est Ilva insula in Thusco mari, ferri fodinis celebris. & n.* 3. 4.
5. *Contraria Ptolemæi & Strabonis loca explicantur.*
6 *Si legatur Æthalia pro Italia, distantia à Cycladibus augetur.*
7 *Æthalia non est Chios, neque Lemnos, & n.* 8.
9 *Prava consuetudo diripiendi naves, ubi naufragium fecerunt.*
10 *Navis naufraga in oras longè dissitas nonnumquam jactatur.*
11 *Idem jus habent Principes in gentes ac provincias ipsis subjectas, quod habebat olim Romanus Imperator in totum mundum, cui tunc dominabatur.*
12 *Lex auctoritatem habet à Principe, vel à populo, nihilque detrahit eorum dominio.*

SUperiori dissertationi laciniam attexam. Hanc legem magni nominis Critici, ex suâ libidine quisque corrigit. Singulas emen-

dationes non persequar : longum id esset, atque inutile : nam futiles sunt ferè omnes. Illam tantùm attingam, de quâ Vir Clarissimus gloriatur : & quidem non temerè : est enim digna viro doctissimo, & de jurisprudentiâ optimè merito. Exponit Eudæmon Antonino calamitatem suam : *naufragium in Italia facientes direpti sumus à publicanis,*
1 *Cyclades insulas habitantibus.* Qui fieri potest, ut hæc contingant in locis adeò distantibus, longèque sejunctis? In hunc scopulum omnes impingunt, atque adeò naufragium faciunt. Optimè atque expeditissimè scopulum prætervehitur vir eruditissimus : pro *Italia* enim reponit *Æthaliam.* Cur hanc emendationem non probem omninò, in causa est, quòd & à legibus corrigendis sum alienissimus : & quòd hæc mutatio, locorum distantiam auget, non minuit.

2 Æthalia insula est Ilva in Thusco mari sita, ferri fodinis celeberrima. Plin. *Lib.* 3. *c.* 6. *Ilva cum ferri metallis à Græcis Æthalia dicta* Strabo *Lib.* 5. *His multò vicinior continenti est Æthalia ad CCC. stadia inde, toti-*
3 *demque à Corsicâ distans.* Et paulò post : *Illud verò omninò insolitum & singulare habet Æthalia, quòd cavitates, unde sunt effossa metalla, rursus tractu temporis replentur.* Multa alia subdit de Æthalia, quæ perspicuè demonstrant Ilvam esse.

Cùm effossa metalla assiduè renascantur, & ea nunquam exhauriantur, idcircò Virgil. *Lib.* 10. *Æneid.*

Ast Ilva trecentos.
Insula inexhaustis chalybum generosa metallis.

Verè *inexhaustis* cum etiam post mille septingentos annos adhuc effodiantur in maxima copia. Rutil. *in Itiner.*

Occurrit chalybum memorabilis Ilva metallis.
Quâ nihil uberius Norica gleba tulit.

Id. Strabo non multò post : *Ab omni regione inter Populonium & Pisas non obscura conspiciuntur insulæ. Quarum tres oblongæ parallelis ferè lineis Noto Lybiæque observæ, earumque minima est Æthalia.* Diodor. Sicul. *Lib.* 5. *Nam ad oppidum Etruriæ, quod Populonium dicitur, Æthalia jacet, quæ à Lipara centum fermè stadia distat, quæ nomen accepit à copia fuliginis & favillæ.* Stephan. de Urb. *Æthale insula Tyrrhenorum, auctore Hecatæo in Europa. Videtur autem ita appellata à ferro, quod in hac insula conficitur. Philistus verò in lib.* 5. *rerum Sicularum eam Æthaliam vocat, quem-*
admodùm etiam Herodianus, & Orus. Aris- 4
totel. in *Mirabil. In Hetruria fertur quædam insula Æthalia nuncupata : in quâ ex eodem metallo prius quidem æs effossum fuit, unde omnia vasa ænea apud illos esse feruntur.* In ea enim continetur copiosè lapis, qui plurimùm ferri commixtum habet, quem scindunt ad stricturam & conflaturam ferri, &c. Negat hoc Strabo : *Vidimus etiam, ferrum ex Æthalia allatum, neque enim potest eâ in insulâ in stricturam cogi, sed simul ac effossum, perfertur in continentem.* Idem negat etiam Varro, ut refert Servius ad superiorem Virgilii versum : *Varro & aliud dicit, nasci quidem illic ferrum, sed in stricturam non posse cogi, nisi transvectum in Populoniam Thusciæ civitatem.* Ob penuriam lignorum arbitror id evenisse : nam & hodiè ob hanc causam in continentem transportatur. Cæterùm antiquitùs ibi fornaces fuisse ad ferri conflaturam non dubito, cùm ab illis insula nomen acceperit, ut innuit Diodorus. Ab αἴθω enim αἰθάλω, αἰθαλόω quod significat *ardeo, comburo,* appellata fuit *Æthalia* ob fornaces, in quibus ferrum cogebatur in stricturam. Sed crescente usu ejus metalli, & sylvis paulatim excisis necesse fuit aliò ferrum transferre excoquendum, conflandumque. In Æthalia sive Ilva erat portus, qui à navi Argo dicebatur Argous. Diodor. *lib.* 5. *de Argonautis* : *Circa Etruriam navigantes, in insulam, quæ vocatur Æthalia, delati, portum in eâ pulcherrimum omnium, qui illis locis sunt, Argoum à navi Argo nuncuparunt, quod nomen ad hanc usque diem retinet.* Nunc à ferro vocatur Portus Ferrarius, sicut Ilva dicitur *Elba*, quonomine etiam à Gregorio Mag-

no fuit appellata. *lib.* 3. *Dial. cap.* 11.

5 Non ignoro Ptolemæum, & Strabonem Æthaliam ab Ilva distinguere. Ille insulas Thyrrheni maris recenset Gorgonem, Æthalem, Caprariam, & Ilvam. Hic lib. 2. πρόσγειοι δ' Αἰθαλία τε καὶ Πλανασία καὶ Ἰλούα. *Ad continentem verò sita Æthalia, & Planasia, & Ilva.* Quod ad primum attinet, doctissimus Salmasius observat Ptolemæum non semel loca vel urbes duplicare, quoties earum nomen latinum discrepat à Græco. Solinus: *Clypeam civitatem Siculi extruunt & Aspida nominant.* Ptolemæus autem ex una duas fecit, Clypeam, & Aspida Κλυπαία, Ἑρμαία, ἄκρα, Ἀσπίς. Ita pariter Pithecusam, & Ænariam tamquam differentes insulas recenset, cum tamen utraque eadem sit, à similis appellata tum latinè, tum Græcè. Sic etiam Æthaliam & Ilvam quasi diversas insulas recensuit, cum tamen eadem sit Æthalia græcè, latinè Ilva nominata: quod nomen à Græco scite deducit idem Salmasius. Quod ad Strabonem autem, doctissimus Casaubonus notat, in quatuor antiquis codicibus manuscriptis non reperiri verba illa, καὶ Ἰλούα, adeòque adjecta fuisse ab aliquo, qui in Ptolomæo legerat has duas insulas, quasi diversas. Nec aliter se res habere potest: non solùm enim ab omnibus scriptoribus eadem censetur, sed etiam ab ipso Strabone, qui ubi describit Æthaliam, ut in libro quinto, ei tribuit omnia, quæ singulariter conveniunt Ilvæ. Præterquàm quod hæc insula Æthalia ab Ilva distincta in mari Thyrrheno nusquam reperitur.

6 Sed utcumque sit, quod ad rem nostram pertinet, nihil omninò refert, utrum duæ sint insulæ separatæ, an verò una tantummodò. Etenim cùm præter omnes alios scriptores, etiam Ptolemæus & Strabo Æthaliam recenseant inter insulas Etruriæ adjacentes, illud consequens est, Eudæmonem naufragium in Italia fecisse: & si legamus Æthaliam pro Italia, augeri, non minui locorum distantiam. Quoniam si ad Rhegium, ad Scyllæum oppidum, ad Zephyrium promontorium, vel aliquod aliud eorum, quæ sunt in extremo Italiæ margine, ut Leucopetra, & Cænys, & alia, naufragium factum fuisse fingamus, multò propiùs ad Cycladas factum erit, quam si in insula Æthalia.

At enim Plinius etiam Chium inter Lesbum & Samum sitam nuncupari Æthaliam 7 refert *lib.* 5. *c.* 3. cujus auctoritate movetur V. Cl. Ego contrà adduci non possum, ut credam, Eudæmonem de Chio sensisse. Neque tanti est, ut me moveat Plinii auctoritas. Primùm quia Plinius non ait Chium vocari Æthaliam, sed quod Ephorus prisco nomine sic eam appellavit. Verba Plinii: *Chios libera, quam Æthaliam Ephorus prisco nomine appellat.* Non vocabatur Æthalia, Plinii ætate, sed Chios vel à Chione Nympha, vel à nivibus, quibus montes ad Boream & occidentem operiuntur. Stephan. *de Urb.* ἐν δὲ πόλις Χίος ἀπὸ Χίου τῆς Ὠκεανοῦ ἢ ἀπὸ τῆς χιόνος τῆς ἐκεῖ γινομένης πολλῆς, ἢ ἀπὸ Νύμφης τῆς Χιόνης. *Inest autem Chios urbs à Chio Oceani filia, vel à nive, quæ ibi copiosè decidit; vel à Nympha Chione.* Cur Æthalia dici deberet, nulla ratio est, cum ibi neque metalla effodiantur, neque fornacibus ignis anhelet, ut ait poëta. Singulariter igitur eam ita appellavit Ephorus, & quidem prisco nomine, non usitato: rectene, an secùs, non exquiro. Porrò Æthaliæ 8 nomine Lemnum potiùs significari crederem, quæ non longè distat à Cycladibus, & Æthalia nominabatur etiam ætate Polybii, teste Stephano, cui nomen hoc maximè conveniebat ob Vulcani officinas, ut in Etymol. Magno in verbo Αἰθάλη. Certè hoc nomen Chio minus convenit: & Ephorus etsi fuerit præclarus historicus, tamen sæpè numero à Strabone reprehenditur, quod interdum à vero aberret, interdum fabulas intermisceat, interdum fingat absurda. Sed Ephori existimationi nihil detractum volo. Fortasse Chion Æthaliam vocavit, quia Glaucus Chius ferrum inationem invenit excellens ferri fabricator: de quo Herodotus *lib.* 1. Athenæus *lib.* 5. Pausan. *in Phoci.* Licèt Stephanus eum Samium fuisse dicat. Qui etiam Ephoro videtur assentiri. Δύναται τὸ Αἰθαλίτης ἐπὶ τοῦ Χίου, οὕτω γὰρ ἡ Χίος ἐλέγετο. *Potest etiam Æthalita sumi pro Chio: ita enim Chios dicebatur.* Verumtamen credimusne, Navarchum tam erudi-

tum fuisse & gnarum antiquitatis, ut sciverit Chion Æthaliam fuisse appellatam ab Ephoro, qui sexcentis ferè annis antè floruerat? Fac scivisse. Quid est, cur locum Imperatori designatutus, ubi naufragium fecerat, inusitatum nomen ejus indagaverit; tritum, & commune reliquerit? Ecquis tam fatuus, qui, ut exponat Imperatori, se Rhodi fecisse naufragium, dicat se apud Æthræam, vel Telchinem, vel Pontiam, vel Pelagiam, vel Trinacriam, vel Asteriam naufragium fecisse, licet his nominibus Rhodus à Scriptoribus nuncupetur? Præterea cum Ilva Romanis notissima, & in eorum ferè conspectu sita, Græcè Æthalia diceretur (quod Græcus nauclerus sive piraticam, sive mercaturam exerceret, utique scire debebat) stultus planè fuit si Æthaliam pro Chio nominavit, quo nomine in errorem facilè induci potuit Imperator, putans eum de Ilva, non de Chio loqui, quemadmodum quilibet putaverit de Sicilia loqui, non de Rhodo eum, qui Trinacriam nominaverit. Erat quidem & Chios tum propter vina, quæ Romam advehebantur, celebratissima, tum propter marmora, sed hæc omnia Chia dicebantur: nomen Æthaliæ incognitum præterquàm ad notandam Ilvam. Quis credat igitur, tam fatuum fuisse Eudæmonem, ut recondito ac retruso nomine uteretur in expositione suæ calamitatis, relicto nomine usitato, ne ab Imperatore intelligeretur? Est-ne hoc sani hominis?

9 Denique verisimile est, Eudæmonem exposuisse Imperatori naufragium in Italia factum, tum ad excitandam commiserationem, tum ad exaggerandam iniquitatem publicanorum, qui diripuerant naufragos, qui tam longè à Cycladibus naufragium fecerant. Licèt enim alicubi invaluisset prava consuetudo diripiendi naves, quæ naufragium fecerant, ut constat ex ejusdem Antonini constitutione, de quâ supra; tamen id fortasse observabatur, cum ibi navis naufragium fecerat, & ad litus expulsa fuerat vel ipsa navis, vel merces, & armamenta: non autem cum in longinquâ regione facto naufragio salva navis ad aliquam insulam aut portum appulsa erat, ut in *l. navis 6. ff. de lege Rhod.*

Enimverò non intelligo, cur tantoperè laborandum sit, ut Italiæ nomen expunga- 10
mus. Sunt quidem longè remota à Cycladibus Italiæ litora: sed nonnumquam accidit, navim naufragam in oras longè dissitas tempestate jactari. Neque enim semper navis ipsa demergitur, & fluctibus absorbetur. Scinduntur vela, franguntur antennæ, vadis ipsa navis illiditur: postmodùm verò vel jactis in mare mercibus levata, vel aquarum impetu fluctuque decumano sublevata, scopulis vadisque detruditur, & in longinquas regiones undis jactata, vel etiam cursu tranquillo sedata tempestate defertur, cujusmodi casus proponitur à Juliano in *l. navis 6. ff. de leg. Rhod.* Ejusmodi tempestatem, quâ nulla sævior, ac vehementior, describit Virgilius in primo divini operis:

Talia jactanti stridens aquilone procellâ
Velum adversa ferit, fluctusque ad sidera tollit
Franguntur remi, tum prora avertit, & undis
Dat latus, &c.
Tres notus abreptas in saxa latentia torquet, &c.
—tres Eurus ab alto
In brevia, & syrtes urget (miserabile visu!)
Illiditque vadis, atque aggere cingit arena.

Quid tum? evolutæ, & fluctibus illinc detrusæ in portum Carthaginis ejiciuntur.

Cymothoe, simul & Triton adnixus, acuto
Detrudunt naves scopulo, levat ipse tridenti
Et vastas aperit syrtes, & temperat æquor.

Scite notat hîc Nannius, quod τειτῶν est fluctus maris; Cymothoe, aquarum impetus, id enim græcè significant hæc nomina; Neptunus autem est ipsum mare. Eleganter autem & more poëtico fingit, à Deo liberatam fuisse classem Æneæ, quam à Deo finxerat fuisse vexatam. Vide reliqua, totamque descriptionem, quæ modum excedit admiratio-

nis humanæ. Hoc tantùm interest inter naufragium Æneæ, & naufragium Eudæmonis, quod ille à Carthaginensibus fuit humaniter exceptus; hic à Cycladum incolis crudeliter direptus.

Pro coronide ut omne scrupulum evellam, alia duo leviter attingam, quæ nonnullos torquent interpretes. Quidam enim verentur, ne hac lege aliis Principibus imperium & dominium adimatur, quod in universum hîc imperatori tribuitur, & avellatur imperium maris, quod hîc legi conceditur.
11 Utrumque est ineptissimum. Veteres interpretes nimiò plus suaves existimarunt dominium mundi penes Imperatorem ad hoc ævi mansisse. Absurde plane. Imperator Romanus erat olim dominus mundi, quem possidebat, & ditione tenebat. Populus Romanus erat dominus omnium gentium; earum scilicet, quas armis, belloque subegerat, vel timore Romanæ potentiæ perculsas, vel publica ductas utilitate, vel amicitia illectas sub imperium ditionemque subjunxerat. Sic Imperator hoc tempore dominus est earum gentium, quæ sunt ejus potestati, imperioque subjectæ, earum provinciarum, quas possidet, quibus imperat. Quam minimam autem partem imperii Romani possidet? Haud aliter alii Reges, Principes, populi sunt domini earum gentium, ac provinciarum, quæ sunt eorum ditioni, potestatique subjectæ. Eâdem enim arte, iisdemque modis eas acquisiverunt, quibus Populus Romanus imperium mundi adeptus fuit. Nulla igitur ratio potest excogitari, cur ille fuerit dominus mundi, quem fuit adeptus, hi non sint domini provinciarum, quas similiter adepti fuerunt.
12 Lex itidem non adimit populo vel Principi dominium maris: (siquidem ipsi competat: est enim de hoc inter doctos magna contentio, quæ non est hujus loci) qua eatenus Lex domina maris dicitur, quatenus maritimas controversias decidit, & quæ in mari acciderunt, Lege judicari debent & juxta præscriptum ejus, & jussa definiri. Harmenop. *lib. 2. c. 11. Nautica omnia & quæ in mari accidunt controversia, Lege Rhodia decidantur, & secundum Leges Rhodias disceptantur ac judicantur.* Quamobrem Imperator, ut dixit, Legem esse maris dominam, statim subdit: *Lege id Rhodia, quæ de rebus nauticis perscripta est, judicetur.* Benè, ut semper, Cicero in *primo de Legib. Lex est, quæ scripto sancit, quod vult, aut jubendo, aut vetando.* Idem docet Modestinus *in l. Legis 7. ff. de Legib. Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire.* Hoc est imperium Legis, hæc potestas, hoc dominium, quod nihil detrahit dominio potestatique Principis, aut populi. Undè enim habet hanc auctoritatem Lex, & potestatem, nisi à populo vel Principe, qui eam condidit, aut ab aliis conditam recepit, & jussit observari. *l. de quibus* §. 1. *ff. de Legib. Nam cum ipse Leges nulla alia ex causâ nos teneant, quàm quod judicio populi receptæ sunt.* Auct. ad Heren. *lib. 2. Lege jus est quod populi jussu sancitum est.* Ergo Legis jussum, Legis imperium, est jussum & imperium populi vel Principis Legislatoris: nam Lex ipsa per se nullam vim habet & auctoritatem imperandi, aut vetandi, nisi eam ipsi Legislator impertiatur. *Magistratum Legem esse loquentem, legem autem mutum Magistratum:* dixit Cicero 3. *de legib. in princ.* Sicut igitur Lex loquens nihil derogat de auctoritate, & imperio Principis, quia omnem auctoritatem habet à Principe; ita & Lex muta. Amplius sine imperio Legis nec hominum universum genus, nec domus ulla, nec civitas, nec gens stare, nec rerum natura omnis, nec ipse mundus potest, ut ibidem docet idem Cicero. Quocirca sicut Lex, quæ de omnibus aliis rebus disponit, & omnia regit, ac temperat, nihil detrahit de imperio Principis, ita multo minus, quæ de rebus nauticis tantummodo præscribit. Idcirco subjicit Antoninus: *quatenus nulla ei nostrarum Legum adversatur.* Recepta enim & approbata fuit à Romanis Lex Rhodia in his tantum, quæ non adversabantur eorum Legibus. Accepit igitur auctoritatem à confirmatione, & approbatione populi, & Imperatoris, qui eam partim abrogavit, partim confirmavit, quemadmodum Legem Hie-

tonicam, Rupiliam, Semproniam, & alias, de quibus Cicero in Verrem.

CAPUT VI.

Ad princ. tit. Inst. de just. & jur.

SUMMARIUM.

1 *Vulgaris divisio justitiæ in distributivam, & commutativam*
2 *Rectior divisio Aristotelis.*
3 *Proportio arithmetica & Geometrica.*
4 *Justitiam distributivam servare proportionem Geometricam, potest admitti. Emendatrix justitia non semper servat arithmeticam.*
5 *In contractibus servat proportionem arithmeticam, quoad personas contrahentium.*
6 *Geometricam quoad res, quæ in contractum deducuntur.*
7 *Exempla.*
8 *Idem est in ultimis voluntatibus.*
9 *Et in aliis quamplurimis.*

1 INterpretes fere omnes justitiam dividunt in distributivam, & commutativam juxta sententiam Aristotelis: ac distributivam esse definiunt eam, quæ distribuit pœnas, & præmia servatâ Geometricâ proportione: commutativam, quæ in commutationibus, & commerciis versatur, in quibus tribuit cuique suum secundum proportionem Arithmeticam. Sed pauci admodum Philosophi mentem sunt assecuti: nemo descriptè, & electè explicavit: ego distinctius, & explicatius conabor enucleare.

2 Aristoteles igitur *lib.* 5. Ethicor. *cap.* 5. justitiam particularem dividit in duas partes: in eam, quæ versatur in distributione præmiorum, honorum, pecuniæ, & aliarum rerum, quæ distribui debent inter eos, qui sunt ejusdem reip. & eam, quæ in rebus contrahendis recta præcipit, pravaque corrigit, æquat inæqualia. Hanc emendatricem, illam distributricem possumus appellare: nostri distributivam, & commutativam dicunt. In hoc autem à sententia Philosophi recedunt, quod ad justitiam distributricem referunt etiam pœnas, cum eas Aristoteles referat ad emendatricem. Ait enim hujus justitiæ duas esse partes, quia vel à volentibus, vel ab invitis contrahitur. Primi generis esse ait contractus, veluti emptionem, mutuum, fidejussionem, & cæteros. Secundi generis delicta, veluti furtum, adulterium, lenocinium, & reliqua ejusmodi.

Justitiam distributricem in distributione præmiorum ait observare proportionem Geometricam, quia ea distribuit pro conditione, ac dignitate civis bene meriti. Contra vero justitiam emendatricem observare proportionem arithmeticam posthabita conditione, ac dignitate personarum. Proportio 3
enim arithmetica dicitur cum pari excessu, altera, alteram quantitatem superat; ita ut æqualibus semper intervallis inter se distent; progreditur enim semper per incrementa æqualia: ut recte definit Pappus Alexandrinus *Mathemat. Collect. lib.* 3. *post Propos* 4. Geometrica vero proportio est, cum excessus eadem ratione superat excessum, qua quantitas quantitatem, ita ut eo majori intervallo altera distet ab altera, quo altera major est. Exemplum esto. In proportione Arithmetica 4. 6. 8. 10. 12. qui omnes pari excessu se superant, nempe binario, & paribus inter se distant intervallis. In proportione Geometrica 4. 8. 16. 32. 64. in quibus numeri alter alterum superant eadem sui parte, nempe dimidia: & tanto major est excessus, quanto major est quantitas: nam excessus secundi supra primum est 4. & tertii supra secundum est 8. quarti est 16. atque ita deinceps auctâ quantitate tantumdem augetur excessus, & incrementum.

Quantum autem attinet ad Aristotelis & 4
interpretum nostrorum sententiam, admitti potest, justitiam distributricem servare proportionem Geometricam: etsi enim hoc veritati non sit omnino consentaneum, ab ea tamen non est prorsus alienum. In distribuendis enim præmiis, & honoribus habet rationem personarum, & qui dignior est, & excellentior, majoribus præmiis, & honoribus est afficiendus Sed quis potest hæc tam exacte metiri, ut dici possit, servari proportionem Geometricam? Aut quæ potest

inveniri mensura dignitatis, & excellentiæ, ut cum ea possit comparari mensura præmiorum? Hæc mensura solummodo certa est in quantitate, & ideo solum in quantitate consistit hæc proportio, ut recte definit Euclides in *lib. 5.* In actionibus, in honoribus, in conditione personarum nulla certa mensura reperiri potest, & ideo ad hæc proportio nequit accommodari. Apparent igitur in hac justitiæ parte potius quædam vestigia, & adumbratio Geometricæ proportionis, quàm ipsa proportio.

Altera vero justitiæ pars neque semper arithmeticam proportionem servat: neque eo modo, quo id nostri interpretes acceperunt. Primùm autem in delictis non servari proportionem arithmeticam, exploratissimum est; cum in pœnis irrogandis maximè conditio personarum attendatur: ut constat ex *l. 1. in fin. & l. pœn. ff. ad Leg. Corn. de sicar.* ex *l. aut facta 16. §. persona* ex *l. ex servorum 10. in princ.* ex *l. capitalium 28. §. non omnes ff. de pœn.* ex *l. ult. ff. de injur.* ex *l. Pedius §. 1. ff. de incend. ruin. naufrag. l. Prætor edixit 7. §. præterea ff. de injur.* Itaque rectius interpretes nostri hæc referunt ad eam justitiæ partem, quæ servat proportionem geometricam, habita ratione personarum.

Præterea nec in contractibus quidem atque commerciis, posthabita semper conditione personarum, omnes pari jure censentur. Annon enim pupilli contrahendo non obligantur, licèt obligentur illi, qui cum ipsis contrahunt? *L. Julianus 13. §. si quis à pupillo 19. ff. de act. empt. §. 1. & seqq. instit. tit. de auctor. tutor.* Annon minores ratione ætatis in integrum restituuntur? *l. 1. §. 1. l. minoribus l. 1. § 1. l. ait prætor & toto tit. ff. de minor.* Annon pupillis & minoribus alienationes non obsunt, sicut majoribus *§. 1. instit. tit. quib. alien. lic. vel non. l. 1. & tot. tit. ff. de reb. eor.* Spectatur persona mulierum in intercessionibus *l. 1. & 2. & tot. tit. ff. ad S. C. Vellejanum.* Persona filiorum fam. in mutuo *l. 1. & tot. tit. ff. de S. C. Macedon.* Persona mariti cum de dote convenitur *L. maritum 12. cum seq. ff. sol. matrim.* Persona parentis & patroni, *L. sunt qui 16. & seq. ff. de re judic. §. sed etsi quis 38. instit. tit. de act.* Persona socii *d. §. & l. verum 63. ff. pro soc.* Persona filii emancipati, vel exhæredati vel abstinentis ab hæreditate paterna *l. 2. ff. quod cum eo qui. &c.* Persona militum in condendis testamentis *tot. tit. instit. & ff. & C. de milit. testam.* Persona parentum & liberorum *l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testam. ordin.* Quid? quod alimenta ex dignitate personæ statuantur. *L. si cui 14. ff. de ann. leg. l. 1. §. mulier 19. l. habitatio 4. ff. de ventr. in poss. mitt. l. sed etsi quid 15. §. sufficienter ff. de usufr.* Dos constituitur pro dignitate mulieris ac mariti. *l. quæro l. cum post. 70. §. gener & §. nuptiis ff. de jure dot.* Sunt & alia quamplurima in jure nostro specialiter constituta spectata conditione personæ; quocirca non omnibus idem tribuit justitia commutativa.

Sed his etiam insuper habitis, in iis quo- 5
que, quæ generaliter à jure in universum sanciuntur, posthabita ratione personarum, non omnimodis arithmetica proportio servatur. Sed ita distinguendum est. Aut justitia consideratur quoad meritum, dignitatem, & conditionem contrahentium, & tunc servat proportionem arithmeticam: æqualia enim omnibus tribuit, nec habet rationem personarum. Tantidem enim emit, aut conducit princeps, & subditus; nobilis, & ignobilis; dives, & pauper; bonus, & malus eodem modo, eodemque vinculo hi omnes adstringuntur contrahendo, & obligantur. Et ita est interpretandus Aristoteles: ait enim *capite 7. Jus autem, quod in contractibus versatur, est illud quidem æquale quiddam, & injuria inæquale: verum non illa proportione, sed arithmeticâ: nihil enim refert, utrum vir bonus malum hominem fraudarit, aut malus homo virum bonum.*

Aut consideratur quoad res, quæ in con- 6
tractum & obligationem deducuntur, quæ in commercio habentur, & tunc proportionem geometricam servat, & si aliter observaretur, id esset iniquissimum. Sed animadvertendum est, quod hæc proportio non potest

test locum habere, nisi in his contractibus, & commutationibus, in quibus aliquid hinc inde datur, & accipitur: nam omnis proportio saltem in quatuor terminis consistit, ut ait idem Aristot. *d. lib. 5. cap. 6.* Itaque necesse est, ut duæ sint personæ, duæque res, de quibus contrahitur. Quamobrem in stipulatione, in donatione, in deposito, in commodato, in mandato, quæ gratuita sunt, nec geometrica, nec arithmetica proportio in ipsis rebus locum habere potest. In aliis autem omnibus contractibus, detractionibus, divisionibus, in quibus aliquid hinc inde datur, & accipitur, vel retinetur, geometrica proportio servetur. Exemplis id explicemus.

7 In societate geometricam servari proportionem, compertum est, & exploratum. Lucrum enim & damnum inter socios dividuntur pro rata portione ejus, quod quisque contulit in societatem. *l. si societatem 6. l. si non fuerint 29. l. quid enim* 81. §. 1. *ff. pro soc.* Ac propterea si alter contulerit quadringenta, alter centum: ille quatuor partes lucri, hic unicam tantum ferre debet: est autem proportio geometrica inter hos numeros 4. 1. 400. 100. Quod si quis utrique æquales lucri partes assignaret, divisio esset injustissima, & jure posset retractari, *l. quid enim* 81. *ff. pro soc.* Adeo ut nec pactum quidem valeat *l. si non fuerint* 29. *ff. pro soc.* Neque hoc est singulare in societate, ut nostri arbitrantur, sed commune omnium contractuum, & ultimarum voluntatum. Nam & in emptione, & venditione si crescat, aut decrescat mensura rei venditæ, pretium quoque augeri aut minui debet pro rata portione mensuræ, ac bonitatis *l. si servum* 4. §. *si modus ff. de action. empti. l. qui fundum* 40. §. *qui agrum ff. de contrah. empt. l. qui fundum* 48. *ff de eviction.* Idem si pars evincatur *l. ex mille* 64. *ff. de eviction.* Nec aliter fieri potest ad servandam æqualitatem inter emptorem, & venditorem. An enim servaret æqualitem, si quis cum triginta denariis vendidisset decem ulnas panni, alias quinque ulnas ejusdem panni vellet vendere denariis viginti quinque? Et tamen hi numeri 10. 5. 30. 25. sunt in proportione arithmetica. An ille, qui cum mille aureis vendiderit centum jugera, si emptori decem jugera fuerint evicta, velit reficere tantummodo decem aureos, quia 90. 100. 990. 1000. sunt in proportione arithmetiea? Utique hic debet reficere centum aureos *d. l. qui fundum ff. de evict.* quia 90. 100. 900. 1000. sunt in proportione geometrica; nam uterque decima sui parte alterum superat. Haud aliter alter debet vendere quinque ulnas quindecim denariis, quia 5. 15. 10. 30. geometricè sunt proportionales, cum alter alterius sit tertia pars. Atque hæc confessa sunt, & manifesta.

Idem prorsus usu venit in locatione, & conductione, in qua merces, & salarium tum constituitur, tum remittitur pro rata temporis, laboris, operarum. *l. Sejo amico* 10. *in princ. ff. de ann. legat. l. Si quis domum* 8. §. 1. *l. cum venderem.* 21. *l. si merces* §. *si vicino l. qui insulam* 30. *in princ. & in* §. 1. *l. si uno* 15. *alias. l. ex conducto* §. *ubicumque & l. sed adde* 19. §. *si quis cum in annum ff. locat.* Itaque si tertia pars operæ præstetur, tertia pars mercedis debetur *d. l. Sejo amico.* Si conductor tertia parte temporis conventi fruatur, tertiam partem mercedis persolvit ex laudatis *LL.* atque ita semper juxta proportionem.

Nec aliter observatur in rescindenda tum emptione, & venditione, tum etiam locatione. Cum enim in *l.* 2. *&* 8. *C. de rescind. vendit.* præscribatur quota pars justi pretii, supra quam læsus potest agere ad rescindendam venditionem, hoc fieri non potest, nisi servatâ geometricâ proportione. Sicut enim venditor, qui vendit minus quam quinque id, quod decem constat, beneficio legis uti potest: ita, & qui vendit minus quàm viginti, quod constat quadraginta: uterque enim minus quam dimidium justi pretii consequitur. Atqui 40. 20. 10. 5. sunt in proportione geometrica, in qua semper est totum ad sui dimidium, aut quamcumque ratam, & quotam sui partem. Itaque quotiescumque lex præscribit quotam, & ratam quamlibet partem, semper necessario uten-

dum est proportione geometrica. Quodlibet enim totum ad eamdem sui ipsius partem habet eamdem rationem.

Ad mutuum, ut diximus, nulla proportio pertinet, cum in re, quæ mutuo datur, solummodo consistat, & solummodo mutuatarius obligetur ad tantumdem restituendum. *l. 2. & 3. ff. de reb. cred. princ. tit. instit. de obligat. qua re contr.* Verumtamen si non sit omnino gratuitum, & usuræ promissæ fuerint, quia tunc inter datum, & acceptum aliqua proportio intercedat necesse est, non arithmeticâ, sed geometricâ proportione servatâ præstantur usuræ. Nam usuræ semper præstantur habita ratione sortis, cujus sunt rata quædam portio, & quota pars. Usuræ enim centesimæ sunt, quando singulis mensibus præstatur centesima pars sortis debitæ, de quibus in *l. si pro mutua C. si cert. pet.* in *l. ult. §. ult. C. de jure dot. l. unic. §. cum autem in fin. C. de rei uxor. act. l. 1. & 2. C. de usur. rei judic.* Usuræ semisses, quoties semis centesimæ partis singulis mensibus, hoc est, sex annua pro centenario præstantur, ut in *l. cum quid. 17. in princ. ff. de usur.* Quincunces, cum quinque annua. *l. à filio in princ. & l. alimenta §. Basilica ff. de alim. leg.* Usuræ quadrantes, quoties tria *l. liberti 41. §. Largius ff. de ann. leg.* Atque ita de cæteris, quæ semper pro rata sortis promittuntur, atque præstantur.

In pignore quoque raro evenit, ut aliqua proportio possit considerari. Verumtamen si pro duobus debitis inæqualibus simul obligetur, eo vendito pretium ex venditione redactum cedit in extinctionem utriusque debiti pro rata, hoc est, juxta proportionem geometricam *l. pupilli 96. §. cum eodem ff. de solut.*

In solutione autem semper proportio geometrica servatur. *l. pro debito 6. C. de bon. aut. jud. possid.* Nam quoties par est dierum, & contractuum causa, ex omnibus summis pro portione videtur solutum *l. illud. 8. ff. de solut.* Et servus rationes reddere jussus pro hæreditaria portione hæredibus reliqua solvere debet *l. si quis testamento 2. ff. de statu lib.* Facit ad rem text. in *l. adhuc interesse* aliàs *l. Sed etsi 25. §. 1. in princ. ff. de usufr.* Et ad proportionem geometricam pertinet, quod traditum est in *l si tamen plures 4. in princ. ff. de exercit. act.* de distributione mercis peculiaris in *l. procuratori 5. §. ult. ff. de tributor. act.* & de peculio in *l. si peculium 6. in princ. ff. de pecul. leg.*

De ultimis voluntatibus nulla potest esse 8
controversia, nam & actiones hæreditariæ inter cohæredes pro portione hæreditaria dividuntur *l. 1. C. de heredit. act. l. ea quæ C. famil. ercisc. l. pacto successorum C. de pact. l. planè ff. famil. ercisc.*

Et actiones, & onera hæreditaria inter hæredem & fideicommissarium pro rata, hoc est, pro portione Geometrica dividuntur. *§. sed quia in fine & § ergo instit. tit. de fideicom. heredit. l. 2. C. ad S. C. Trebell. l. 1. §. si is, qui quadrigima & §. sed si quadringinta & passim in tit. ff. ad S. C. Trebell.*

Item Legitima, Trebellianica, & Falcidia ad normam Geometricæ proportionis detrahuntur, cum sint quotæ bonorum vel hæreditatis *l. 2. C. de inoffic. don. l. parentibus. 8. l. qua nuper 31. C. de inoffic. testam. l. in quartam 91. ff. ad Leg. Falcid. §. cum autem instit. tit. eod. d. §. Sed quia inst. de fideicom. hered.*

Item pars vacans hæredibus accrescit, & decrescit pro portione hæreditaria *l. interdum 13. §. sed si alter & §. seq. l. liber homo 59. §. cum quis ex institutis l. si ita quis heredes 66. ff. de hered. instit. l. un. §. his ita definitis cum §. seqq. C. de caduc. tollend. §. videamus instit. §. si quis autem non implens auth. de hered. & falcid. l. etsi 4. l. sorori 6. ff. si pars hered. pet. l. si libertus 34. ff. de bon. libert.* Atque eadem proportio servatur in substitutione juxta computationem Ulpiani in *l. si plures sint 24. ff. de vulg. & pupill.* quam confirmarunt Imperatores in *l. 1. C. de impub. & al. substit.* & in *§. etsi ex disparibus instit. tit. de vulgar.* Idemque obtinet in pupillari substitutione *l. qui liberis 8. §. hac verba in fin. & l. seq. & l. sed etsi plures 10. in princ. ff. de vulg. & pupill. §. substituitur instit. tit. de pupill. substit.*

Et hoc perpetuum est in jure accrescendi, ut tam emolumentum, quàm onus accrescat ad normam Geometricæ proportionis. Itaque & si legatum deficiat, hâc ratione singulis hæredibus accrescit *l. planè* 34. §. *inde dicitur. ff. de legat.* 1. *l. un.* §. *sed ut manifestetur C. de caduc. toll.* Etsi fideicommissum institutis, aut substitutis est restituendum, eadem computatio adhibetur *l. quoties* 23. *l. epistolam* 75. *in princ. & l. Lucius* 78. §. *pater puerum ff. ad S. C. Trebell.* Legatariis etiam pars legati vacans accrescit pro rata *l. Mævio* 41. *in princ. ff. de legat.* 2. quod in gravamine etiam& onere injuncto constitutum est*l. un.* §. *ne autem C. de caduc. tollend.*

Item hæredes pro portionibus hereditariis legata solvunt, nisi aliquod legatum expressis eorum nominibus dare jussi fuerint. *l. sive à certis* 17. *ff. de duobus reit. l. turpia* 57. §. 1. *& l. Si heredes* 124. *ff. de leg.* 1. *l. mortuo* 50. §. *ult. ff. de legat.* 2. Id etiam, quod mortis causâ capiunt, pro portione hereditaria ipsis debetur *l. ita liber esse jussus* 8. §. 1. *l. si quis testamento.* 12. *ff. de statuliber.* Et pro rata exonerandi sunt heredes ejus partis nomine, cujus emolumentum ipsis ablatum fuit *l.* 1. §. *qui minorem ff. ut leg. vel fideic. nom. cav.*

9 Item servus plurium pro portione dominii singulis dominis legatum acquirit *l. si servus plurium* 50. *in princ. ff. de legat.* 1. *l. & Proculus* 10. *in fin. ff. de legat.* 2. Et hereditatem *l. servus communis* 67. *ff. de acquir. hered.* Et obligationem *l. servus communis* 5. *ff. de stipul. server.* nisi nomina dominorum in stipulatione expresserit *l. si communis* 37. *ff. eod. &* actionem injuriarum *l. sed non esse* 16. *ff. de injur.*

Restitutus etiam à principe pro rata portione bonorum, quæ recuperaverit, creditoribus tenetur, *l.* 3. *c. de sent. pass.*

In divisione quoque percipiendorum fructuum Geometrica proportio servatur *l. de divisione aliàs l. fructus* 7. §. 2. *& l. divortio* 8. *ff. solut. matrim. l. si quis domum* §. *hic subjungi ff. locati.*

Alia quamplurima exempla prætermitto: ex his enim satis constat, in toto jure proportionem Geometricam observari, quæ sola, est vera proportio, & omnia ad justitiæ normam dirigit exacta inter cives æqualitate servatâ. Et hoc perpetuò obtinet, nisi aut repugnet voluntas disponentis, aut evidens aliqua ratio contrarium suadeat: ut in *l. si finita* 15. §. *cum autem* 18. *ff. de damn. inf. l. si heredes* 124. *ff. de legat.* 1. *l. si communis* 37. *ff. de stipulat. servor. l. si plures* 24. *in fin. ff. de vulg. & pupil.* in *l.* 5. §. *imperator ff. de solut. l. Prætoriæ* 5. § *si plures ff. de damn. inf.* in *l. si ita stipulatus* 55. *ff. de fidejus.*

CAPUT VII.

Ad L. 2. C. de rescind. vend.

SUMMARIUM.

1 *In emptione & venditione licet contrahentibus se in pretio circumvenire.*
2 *Absurdum est, rescindere vel emendare emptionem ex causâ pretii vilioris vel carioris.*
3 *Licet circumvenire in pretio, non autem in re vendita.*
4 *Emptio venditio dolo metuve inita rescindenda, vel emendanda.*
5. *Rescinditur venditio, si dimidium justi pretii venditor non consequatur ex l. 2. l. 8. c. de resc. vend.*
6 *Beneficium hoc ab Interpretibus ad emptorem productum.*
7. *Idque si in eis plusquam tertiâ parte læsus sit.*
8. *Perpenditur & reprobatur hæc sententia.*
9 *Mathematicarum disciplinarum ignorantia veteres ad ita sentiendum adducti sunt. Ipse quoque Galilæus aliquandiù hæsitavit veri specie deceptus.*
10 *Beneficium l. 2. eatenùs ad emptorem producendum est, quatenus emptor venditori æquetur.*
11 *Venditoris conditio favore dignior.*
12 *Læsio est, quatenus acceptum minus est dato.*
13 *Venditor immediatè læditur, si acceptum sit minus, quam dimidium dati.*
14 *Emptoris eadem conditio esse debet.*
15 *In dijudicandâ læsione non est spectanda quantitas, sed quota seu rata pars ultra quam læsus potest frui beneficio legis.*
16 *Fortissimum argumentum ab exemplo permutationis ductum.*
17 *Sicut venditor immediatè læditur, cum pretium, quod recipit, est minus quam dimidium rei, quam tradit: ita emptor immediatè læditur, cum res, quam accipit, est minus, quam dimidium pretii, quod solvit.*

18. *In l. 2. comparatur pretium acceptum cum verâ æstimatione rei venditæ, ut cognoscatur, an acceptum sit minus dato.*
19 *In dispositione l. 2. attenditur proportio geometrica.*
20 *Arithmetica proportio absurdè affingitur l. 2.*

1 IN emptione, & venditione naturaliter licèt contrahentibus se mutuò circumvenire. Nam & emptor viliore pretio comparandi, & venditor cariore distrahendi votum gerentes plerumque ad contrahendum accedunt. *l. si voluntate* 8. *c. de rescind. vend. l. in causa* 16. §. *penult. ff. de minor. l. item si pretio* 21. §. *ult. ff. locati l. si heres* 3. *in pr. ff. ad leg. Fal.* quod etiam jure pontificio admittitur, *c. cum dilecti de emption. & vendit.* Atque hoc ad exemplum emptionis etiam in locatione receptum est *l. item si pretio* §. *ult. ff. loc. l. si ea pactione* 14. *c. de usur.* Etenim cum unusquisque de re sua possit pro arbitrio disponere *l. in re mandata c. mand.* & possit etiam re suâ abuti *l. sed etsi lege* §. *consuluit ff. de petit. hered.* & certa non sint, nec à lege definita rerum pretia, sed res tanti valeant, quanti vendi possunt *l.* 1. §. *si heres ff. ad S. C. Tribell. l. si servus* 14. *in fine principii ff. de condict. furt. l. in furti* 50. *in pr. & l. si quis uxori* 52. *in fin. ff. de furt.* tam emptor, qui de distrahenda sua pecunia, quam venditor, qui de distrahenda re sua agit, possunt rei suæ quamcumque voluerint legem dicere; atque emptor quo pretio voluerit emere, venditor quo pretio voluerit vendere: alias ille ab emptione, hic à venditione abstinere. Ac neuter alteri damnum dare videtur, cum jure suo utatur. *l. nemo damnum* 194. *ff. de reg. jur.* neuter damnum sentire, cum facto, & culpa sua id sentiat *l. quod quis ex culpa* 204. *ff. eod.* Nec caussari potest venditor, se ignorasse naturam, & qualitatem rei venditæ, ejusque pretium, quia id scire tenetur, etiamsi res longè dissita sit *l. quisquis* 15. *c. de rescind. vendit.*
2 Quamobrem turpiter errant imperiti judices, qui cum res, aut viliore pretio vendita fuerit, aut cariore empta, rescindunt venditionem, aut ad justum pretium redigi decernunt contrà legum dispositionem. *l. si voluntate* 8. *l. quisquis* 15. *l. ad rescindendam* 4. *l. dolus* 10. *c. de rescind vend. l. si heres*, 3. *in princ. ff. ad leg. falcid. l. item si pretio* 22. *in fin. cum seq. ff. locati. l. à divo Pio* §. *si pignora ff. de re judic.* Tantum enim abest, ut possit venditor quicquam ab emptore repetere, ut emptor contra possit venditorem de evictione convenire etiamsi quod evictum non est, & apud eum remanet, æquet pretium, quod solvit *l. si duos servos* 47. *ff. de evict.* facit ad rem optimus textus in *l. si ea pactione* 14. *c. de usur.*

Animadvertendum tamen est primò, quod 3
si deceptio, ac circumscriptio non in pretio, sed in ipsâ re vendita versetur, tenetur venditor reficere, quod deest, & emptor consequitur quanto minoris vel quanti interest *l. si duorum* 42. *ff. de act. empt. l. quoties ff. de edilit. edict.* & ideo Jurisconsulti ajunt, licere se in pretio circumscribere, & rem pluris, aut minoris emere *l. in causa* 16. §. *idem Pomponius ff. de minor. l. item si pretio* 22. §. *quemadmodum ff. locat.* quia idem in re ipsa non licet. Etenim pretium per se est incertum, & pro arbitrio contrahentium statui debet, & pro commodo, pro affectione, pro necessitate crescit, aut decrescit, res autem certa est, ac definita, certisque terminis & qualitatibus circumscripta, nec hominum opinione variatur, atque mutatur.

Præterea quod si metu, vel dolo vilius 4
aut carius empta, ac vendita res fuerit, emptio, & venditio retractari, aut corrigi debet *l.* 1. *l. si dolo* 5. *l. si voluntate* 8. *c. de rescind. vend.* quia nemini dolus prodesse debet. *l.* 1. §. 1. *ff de dol. mal. & met. ex. l. ita demum* 31. *ff. de recept. arbitr. l. itaque* 12. §. 1. *& l. eum qui* 14. §. *is autem ff. de furt.* dum tamen semper meminerimus, hac in re dolum non quantitate pretii, sed facti qualitate æstimari *l. ad rescindendum* 4. *& l. dolus c. de rescind. vend.*

Imperatores tamen non juris ratione id 5
suadente, sed humanitate adducti statuerunt, etiam ex sola quantitate pretii rescindi posse venditionem in *l.* 2. *ibi humanum est*: & in *l. si voluntate* 8. *c. de rescind. vendit.* Sanxerunt tamen solummodo, venditionem posse rescindi cum venditor minus

6 quamdimidium justi pretii acceperit. Quod de venditore ab Imperatoribus fuit constitutum, interpretes ad emptorem produxerunt: jurene, an injuriâ, modo non disputo, ne tam stabilem, tam inveteratam, tam omnium animis insitam opinionem videar velle convellere. Non convenit tamen inter doctissimos homines, quantò amplius emere debeat emptor, ut gaudere possit beneficio legis.
7 Glossa in *d. l. 2.* putat emptori succurrendum, si in tertiâ parte, & paulò amplius fuerit læsus: veluti si solvat sexdecim pro re, quæ decem valet. Glossæ auctoritas in hanc sententiam traxit omnes ferè veteres interpretes, qui hanc rationem afferunt, quod sicut à lege succurritur venditori, qui vendit quatuor, quod valet decem, ita succurrendum est emptori, qui illud ipsum emit sexdecim: æquali enim intervallo uterque distat à vero, justoque pretio, quod est decem, atque adeo tam emptor, quam venditor æquè læditur, & æquè meretur auxilium legis immodicè læso subvenientis. Nam in
8 utroque tum intervallum à justo pretio, tum ipsa læsio consistit in sex. Si hanc rationem admittimus, itidem dicendum erit, subveniri etiam venditori, qui vendit decem, quod valet sexdecim: nam & hic æquali intervallo distat à justo pretio, & pariter læditur in sex. Atqui hoc repugnat dispositioni legis *secundæ*, ex quâ ille tantum gaudet beneficio legis, qui vendit decem id, quod valet amplius quam viginti. Quid igitur rei est, cur non idem in emptore statuamus? Videlicèt ei quoque tunc solummodo succurri, cum emerit amplius quam viginti, quod decem valet, ut par sit emptoris, & venditoris conditio. Fallitur igitur Glossa, quod putat æquari emptorem cum venditore, quoties uterque sex amittit in contrahendo, nec animadvertit sex collata cum sexdecim, quæ solvit emptor, non ejusdem modi esse ac sex comparata cum decem, quæ dat venditor: nec æquè lædi eum, qui dat sexdecim, & amittit sex, ut ille qui dat decem, & amittit pariter sex. Quis enim tam fatuus est, qui putet, æquale damnum contrahere eum, qui tertiam partem bonorum amittit, atque eum, qui dimidiam? Justinianus definivit legitimam liberorum esse tertiam partem, si defunctus quatuor, aut pauciores liberos reliquerit: Si plures, esse dimidiam. *auth. novissima c. de inoff. testam.* Si quis diceret legitimam æqualem esse utroque casu, an non risu ab omnibus exploderetur? Titius qui habebat in bonis quadraginta, me heredem instituit in semisse: Caïus, qui habebat sexcenta, me instituit in triente. Ex utriusque hereditate ducenta consequor; nemo tamen dixerit, me ab utroque fuisse æqualiter institutum. Contra si uterque me heredem instituerit ex semisse, ab utroque ero æqualiter institutus, licèt ex hereditate Caji trecenta consequar, ex hereditate verò Titii tantummodo ducenta.

Verumtamen non miror, apud veteres 9
interpretes rudes earum artium, sine quibus hæc controversia dirimi facilè non potest, hanc opinionem adeo percrebuisse: cum ipse Galilæus, Mathematicorum elapsi sæculi facilè princeps, fateatur, se de quæstione non absimili interrogatum, in eamdem fere sententiam respondisse veri quadam specie, ac similitudine deceptum. Postmodum autem rogatus, ut opinionem suam scriptis mandaret, & conquisitis rationibus confirmaret, re diligentius, ac perquisitius examinatâ, sententiam mutavit, & argumentis nihil dubii relinquentibus contrariam verissimam esse demonstravit. Haud aliter usu venit in hac nostra quæstione: Veteres re minus accurate perquisita objectam veri speciem illico apprehenderunt, & mordicus tenuerunt: Recentiores vero acriori judicio, & optimis disciplinis instructo rem diligentius expendentes, eam opinionem falsam esse judicarunt. Quapropter licèt olim glossæ opinio tam in scholis quam in foro communis esset; hodie tamen magis communis est contraria sententia doctissimorum hominum ingeniis in lucem veritatis prolata, cui & nos lumen aliquod afferre conabimur.

Primum autem illud est statuendum, nus- 10
quam in jure nostro hoc beneficium emptori fuisse concessum, eoque ipsum gaudere ex interpretatione Doctorum, qui beneficium venditori datum à Lege, communicarunt emptori, ea ratione adducti quod par esse

debet conditio emptoris, & venditoris, & quod uni conceditur, alteri denegari non debet. *l.* 1. *C. de cupressis. l. cùm emptoris* 5. *in princ. ff. de rescind. vendit.* Ex quo efficitur, eatenùs ad emptorem produci posse hoc beneficium venditori concessum, quoad emptor æquetur cum venditore. Cæterùm si ita extendatur, ut melior sit conditio emptoris, quàm venditoris, iniquam prorsus esse ejusmodi communicationem. Primum, quia collabitur, & corruit funditùs omne fundamentum hujus communicationis: imò ratio ipsa æquationis eo casu excludit hanc communicationem, cùm non æquetur emptor venditori. Præterea quia iniquum est, melioris esse conditionis emptorem, cui hoc beneficium tribuitur interpretatione Doctorum, quàm venditorem,
11 cui nominatim Lege conceditur. Denique quia omnis ratio dictat, magis venditori, quam emptori esse subveniendum: nam Legis auxilium multò magis meretur venditor, qui sæpenumero rei familiaris angustiis, aut aliquâ urgente necessitate bona sua distrahere compellitur. *l. ita ut omnes* 39. §. 1. *versic. quid enim ff. mandat. l. non idcircò* 12. *L. quisquis.* 16. *C. de rescind. vend. l.* 2. *C. sine censu vel reliq. l.* 1. *C. de præd. decurion.* quàm emptor, qui volens accedit ad emendum, & sæpè cariùs emit vel quodam calore, *l. locatio* 9. *ff. de public.* vel affectione opportunitatis, vicinitatis, cœli, aut quod illic educatus sit, vel parentes sepulti. *l.* 1. §. *Sed si rem. versic. & alias videamus ff. si quid in fraud. patron.* vel quod bona illa majorum ejus fuerint. *l. si in emptione* 36. *ff. de minor.* Quocirca si glossæ interpretatio plus tribuat emptori, quàm lex ipsa venditori, ut suprà probavimus, & infrà luculentiùs demonstrabimus, ea tamquam iniqua, & abhorrens tum à rectâ ratione, tum à legis sanctione erit repudianda.

12 Secundò loco illud etiam tamquam certum & exploratum statuendum est, læsionem consistere in illa inæqualitate, ac differentiâ, quæ intercedit inter datum, & acceptum. Nemo enim læditur, quoties acceptum est æquale dato: nihil enim abest ei, qui tantùmdem recipit, quantùm dedit: adeòque cùm jus suum consequatur, nec læditur, nec jacturam ullam facit, nec damno afficitur. Tunc igitur læditur aliquis, cùm recipit minùs, quàm dedit, seu minus ejus, quod recipere debuit. Ac si paulò minùs accipiat, levis erit, & modica læsio: si multò minùs, gravis & magna: si immodicè minùs, immodica erit & enormis læsio. Cùm igitur pro modo hujus inæqualitatis, & differentiæ crescat læsio, atque jactura contrahentium in emptione, & venditione, & tantùmdem augeatur, quantùm ipsa augetur; manifestum est, inæqualitatem, ac differentiam inter acceptum, & datum, esse veram, atque unicam mensuram hujus læsionis, atque jacturæ.

13 Quibus probè constitutis, ad rem veniamus. Imperatores in *l.* 2. *C. de rescind. vend.* definiverunt, venditorem immodicè, & enormiter læsum videri, adeò ut possit rescindere venditionem, si non acceperit dimidium justi pretii: hoc est, si non acceperit dimidium ejus, quod dedit, & quod recipere debebat. Nam venditor, ne lædatur, recipere debet justum rei pretium, quod compensat
14 rem, quam vendit, ac tradit emptori. Uno verbo, tunc immodicè læditur, cùm acceptum est minùs, quàm dimidium dati. Est ergo, ut emptorem æquemus venditori, necessariò dicendum, tunc emptorem pariter lædi immodicè, atque enormiter, adeò ut possit emptionem rescindere, cùm acceptum erit minus quàm dimidium dati: hoc est, cùm recipiet à venditore aliquanto minus, quam dimidium ejus pretii, quod ipsi solvit. Etenim ne lædatur, debet à venditore recipere rem, quæ tanti sit, quanti est pretium, quod solvit, nempè ut justum pretium rei, quam accipit à venditore, æquet, ac compenset pretium, quod solvit. Si ea minoris sit, tunc læditur; si sit tantò minoris, ut ejus verum pretium non pertingat ad dimidium pretii, quod solvit, tunc immodicè læditur, & potest emptionem rescindere. Animadvertendum enim est, quod dimidium necessariò refertur ad totum: nec potest esse dimidium, nisi sit aliquod totum,

cujus illud sit dimidium. Cùm autem agitur de jactura, de læsione, de damno, tunc dicitur aliquis in dimidio lædi, ac damnum pati, seu dimidii jacturam facere, quoties amittit dimidium ejus, quod antea habebat vel recipit dimidium ejus, quod recipere debebat. Ergo emptor in dimidio læditur, & dimidii jacturam facit, cum recipit dimidium ejus, quod antea habebat, & quod juste recipere debebat, quia tantumdem dedit; quod evenit, cum dat viginti, & recipit decem: tunc enim amittit decem, quæ sunt dimidium viginti. Nam ante emptionem habebat viginti, post emptionem habet tantummodo decem: in contrahenda emptione solvit viginti in pecunia numerata, ut viginti recipiat in merce; si recipit tantummodo decem, dimidii jacturam facit, dimidii læsionem patitur; non secus, ac venditor, qui tradit viginti in merce, quam vendit, & recipit tantummodo decem in pecunia, seu quod idem est, dat decem, & recipit quinque: nam & hic dimidii jacturam facit. Dimidium enim amittit, cum habeat solummodo dimidium ejus, quod antea habebat, & recipiat dimidium ejus, quod recipere debebat.] Et hæc est vera æqui paratio emptoris, ac venditoris, quod qui non vident, in luce clarissima cæcutiunt.

15 At enim, inquiunt, si emptor emat viginti, quod decem valet, & venditor vendat quinque, quod æque decem valet: emptor in decem læditur, venditor in quinque: ergo non æque læduntur emptor, ac venditor, atque adeo non est par utriusque conditio. Ineptissima conclusio. Philosophus ita distingueret: non æqualiter læduntur quantitative, sed quotitative. Barbarè quidem, sed ad rem explicandam aptissimè. Læsio enim utriusque non est æqualis quoad quantitatem; quia emptoris est decem, venditoris quinque: Sed est æqualis quoad quotam, & ratam portionem, quia uterque læditur in dimidio. Hæc autem in re non est spectanda quantitas, sed quota: quia lex non præscripsit certam quantitatem, in qua læsus possit rescindere: sed quotam, seu ratam partem, nempe dimidium, ultra quod qui læsus est, fruitur beneficio legis. Omnes igitur, qui in dimidio læsi sunt, æqualiter læsi sunt, etiamsi non in eâdem quantitate. Etenim nec ille, qui vendit decem, quod valet viginti, perindè læditur inspectâ quantitate, atque ille, qui vendit quinque, quod valet decem: alter enim in decem, alter solùm in quinque læditur. Verumtamen quoad beneficium legis *secundæ* uterque læditur æqualiter, quia uterque læditur in dimidio; quamobrem uterque habet jus rescindendi, si ille paulò minùs, quàm decem: hic paulò minùs, quàm quinque vendiderit. Si duo sint heredes per fideicommissum rogati restituere, alter hereditatem quatuor millium, alter quadringentorum: & ille retineat, ex Trebelliano mille, hic tantummodò centum: utique ille multò plus retinet quoad quantitatem, quàm hic: Sed quoad quotam, & ratam partem uterque æqualiter retinet, & uterque servat præscriptionem senatusconsulti, quod non certam quantitatem præscripsit, sed quartam partem retinere permisit. Quemadmodùm igitur par est heredis utriusque conditio, licèt ille magnam, hic modicam quantitatem retineat, quia uterque quartam partem retinet; ita par est conditio duorum venditorum, itemque emptoris, & venditoris, licèt alter magnam, alter modicam quantitatem amittat, dum uterque dimidiam tantùm partem amittat, aut paulò amplius. In omni commerciorum rerumque contrahendarum usu, lucrum, damnumque æstimatur, factâ comparatione ad id, quod datum est, & expensum. Quamobrem, qui in singula centenaria tantùmdem lucri, aut detrimenti faciunt, æquale lucrum reportare, & æqualem jacturam facere existimantur. Si quis ex quadringentis, quæ dedit, lucrifaciat quadraginta, & alter ex centum tantummodò decem, uterque æqualiter lucratur, licèt quantitas lucri sit inæqualis, quia uterque lucratur decem in singula centenaria. Qui emit viginti, quod valet decem, seu centum, quod valet quinquaginta, amittit quinquaginta pro centenario: sicut ille, qui

vendit quinque, quod valet decem, aut, quod idem est, vendit quinquaginta, quod valet centum.

Atque ut evidentissimè demonstretur, hâc proportione servatâ, omninò æquari emptorem venditori, fingamus Titium emere centum, quod valet quinquaginta: Caium vendere quinquaginta, quod valet centum. Uterque distrahit, & à se abdicat centum: emptor in pecunia, venditor in merce. Uterque recipit quinquaginta: emptor in merce, venditor in pecunia. Uterque jacturam facit quinquaginta. Conveniunt igitur in omnibus, ac propterea perfectior æquatio emptoris cum venditore nec inveniri, nec excogitari potest. Quemadmodùm igitur venditor non potest agere ad rescindendam venditionem, ita nec emptor, siquidem venditori est æquiparandus. Item quemadmodùm, si venditor vendiderit paulò minùs quinquaginta, poterit uti beneficio legis: ita & emptor, si res constet paulò minus quinquaginta. Hoc argumentum, si cavillationibus fortasse potest eludi, nulla tamen probabili ratione potest labefactari.

Perpendamus jam, quantò melior sit emptoris, quàm venditoris conditio juxta glossæ & Veterum opinionem. Falluntur illi, quòd putant se proponere emptorem læsum in dimidio: proponunt autem emptorem reverâ læsum in tertiâ tantùm parte, ut initio indicavimus, cumque comparant cum venditore, qui verè læsus est in dimidio: ac proindè nec ratio constat, nec æquiparatio. Neque enim animadverterunt, se læsionem in venditore constituere in dimidio ejus, quod dat: contrà verò in emptore in dimidio ejus, quod accipit, hoc est, in tertiâ parte ejus, quod dat. Etenim qui solvit quindecim pro re, quæ valet decem, dat quindecim, & recipit decem: itaque ei absunt quinque, quorum jacturam facit; quinque autem sunt dimidium decem, quæ accepit, & tertia tantùm pars quindecim, quæ dedit. Contrà qui vendit quinque, quod valet decem, dat decem, & recipit quinque, adeoque jacturam facit quinque: hæc autem sunt dimidium decem, quæ dedit. Nemo autem dubitabit, quin melioris sit conditionis ille, qui amittit solùm tertiam partem, quàm ille, qui amittit dimidiam: & quin majorem jacturam faciat, qui dimidiam, quàm qui tertiam partem amittit.

Præterea in exemplo modo exposito, qui emit centum, quod valet quinquaginta, potest rescindere contractum juxta glossam: & contrà, qui vendit quinquaginta, quod valet centum, non potest rescindere: & tamen ad amussim in omnibus pares sunt emptor, & venditor, cùm uterque tantùmdem det, tantùmdem recipiat, tantùmdem amittat, ut demonstravimus. Sed hoc diligentiùs perpendentes ad calculos revocemus. Si quis emat centum, quod constat sexaginta sex, perdit tantummodò triginta quatuor: & tamen potest contractum rescindere, quia 34. est plus quàm dimidium 66. Contrà si quis vendat quinquaginta, quod centum constat, perdit quinquaginta, & tamen non potest rescindere contractum. Est ne hoc æquare emptorem venditori? Præclara sanè æquiparatio: emptor, qui perdit solùm triginta quatuor, gaudet beneficio legis: emptor, qui perdit quinquaginta, non gaudet. Profectò si vel homines de trivio interrogaveris, utrum magis lædatur, majoremque jacturam faciat ille, qui erogatis centum aureis amittit tringinta quatuor; an verò ille, qui amittit quinquaginta, risu excipieris, & insanire videberis. Atque huc nos redigit glossæ absurda supputatio.

Sed ne ullus pateat evadendi locus, fingamus exemplum in eâdem re, eodemque contractu, iisdemque personis. Constat inter omnes beneficium legis *secundæ* extendi etiam ad permutationem, quæ emptioni, & venditioni est maximè affinis, & huic originem dedit. *l. 1. ff. de contrah. empt.* Fingamus igitur Titium permutare equum, qui constat triginta aureis, cum decem amphoris vini, quæ constant novemdecim. Rogo, an possit rescindere contractum. Enimverò si consideretur tamquam emptor vini, poterit rescindere: si tamquam venditor equi, non poterit rescindere. Ergo multò melioris est conditionis emptor, quàm venditor. Est hic 16

hic anfractus inexplicabilis in sententia glossæ. Eò confugiunt, ut dicant, considerandum esse Titium tamquam venditorem equi. Quid ita? Enimvero non minus est emptor vini, quam venditor equi. Sed quomodo se extricent, ipsi viderint. Hoc tantum urgeo: si par esset conditio emptoris, & venditoris, & æquali jure censerentur, utique perinde esset, Titium considerare tamquam venditorem, ac tamquam emptorem. Ex hoc certe se numquam explicabunt.

17 Contra hæc duo opponebantur in judicio, in quo de hac controversia fuit acerrime disceptatum. Primum quòd Imperatores tam in *l.* 2. quam in *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* statuunt mensuram læsionis, factâ comparatione ad justum, ac verum pretium. Ibi: *Minus autem pretium videtur esse solutum, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* & rursus: *nisi minus dimidia justi pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset.* Ergo etiam emptor immodicè læsus erit, cùm læsio transgredietur dimidiam justi, ac veri pretii, hoc est, solverit sexdecim pro re, cujus justum pretium erat decem: nam sex sunt plus quam dimidium decem, quod est justum pretium.

Ac si in laudatis legibus ageretur tam de emptore quàm de venditore, utique vim argumenti perciperem. Sed cum in illis agatur de solo venditore, non intelligo cur ea verba emptori debeant, aut possint accommodari. Primum enim emptori beneficium hujusmodi non competit ex verbis legis, sed propter quamdam comparationem, & æquationem servandam inter emptorem, & venditorem. Quocirca necesse est ad emptorem solummodò hoc beneficium extendi, eique communicari eâ ratione, ac modo, quo æquetur venditori, ut initio diximus. Hoc igitur tantummodo in hâc quæstione est observandum, an ex illa, vel illa supputatione emptor æquetur venditori, adeò ut non aliter ad hoc beneficium admittatur, quàm si æque lædatur atque ipse venditor.

Prætereà, etiamsi maximè velis, tamen verba, quæ venditori conveniunt, emptori nequeunt accommodari. Nam cùm à venditore gradum facimus ad emptorem, omnia de hoc ex contrario dicuntur, nec paria paribus, sed adversis contraria referuntur. Quod enim est defectus in venditore, est excessus in emptore: quod in venditore est minus, in emptore est plus: quod in venditore est acceptio, in emptore est datio: quoniam venditor læditur minus recipiendo, emptor plus dando: læsio venditoris in defectu, emptoris in excessu consistit. Item venditor distrahit, & à se abdicat rem venditam: emptor pretium. Venditor acquirit pretium, emptor rem emptam. Venditor tradit rem pro pretio: emptor pretium pro re. Manifestum est igitur, quòd id, quod respectu venditoris est res vendita, seu ipsius æstimatio ac pretium; respectu emptoris est pretium conventum: & ex contrario, quòd respectu venditoris est pretium conventum, respectu emptoris est res empta: nam venditor dat rem venditam, ut consequatur pretium, emptor ex contrario dat pretium conventum, ut consequatur rem emptam. Itaque sicut venditor immodicè læditur, cùm pretium, quod recipit pro re, est minus, quàm dimidium: ita emptor immodicè læditur, cùm res, quàm recipit pro pretio convento, est minus, quàm dimidium ipsius pretii. Rursus quod respectu defectûs est dimidium, respectu excessûs est duplum: eodem enim modo læditur, qui duplum dat ejus, quod recipit, & qui dimidium recipit ejus, quod dat. Igitur si lex in venditore qui læditur propter defectum, definit, ac præscribit plus quàm dimidium justi pretii, in emptore debet præscribi plus quàm duplum justi pretii, cùm ipse lædatur propter excessum. Dicam planius, si potero. Quinque sunt dimidium decem: contra decem sunt duplum quinque. Tam in emptore, quàm in venditore, si spectetur id, quod accepit, est dimidium: Si verò spectetur id, quod dedit, est duplum: Venditor, quod valet decem, vendit quinque: dat decem, & recipit quinque: si consideres quinque, quæ recepit, ea sunt dimidium decem, quæ dedit: si verò respicias ad decem, quæ dedit,

ea sunt duplum quinque, quæ accepi. Dat igitur duplum, recipit dimidium. Eodem modo emptor etiam dat duplum, recipit dimidium. Solvit enim pretium viginti, & recipit decem, quæ sunt verum pretium rei, quam emit: viginti, quæ dat, sunt duplum decem, quæ recipit: & decem, quæ recipit: sunt dimidium viginti, quæ solvit. Potestne inveniri, aut excogitari exactior, atque perfectior æquatio, ac similitudo? Sed hæc non omnes examussim, atque exquisitè comprehendunt: aliâ igitur aggrediamur viâ.

18 Cùm certa, atque unica mensura læsionis sit differentia, quæ intercedit inter datum, & acceptum, ut initio demonstravimus, Imperatores, ut definirent, quanta debeat esse læsio, ut possit rescindi venditio, compararunt pretium, quod venditor recepit, cum re vendita, quam tradidit; sed quia non rectè procederet comparatio, atque proportio, si pecunia cum merce compararetur, quia proportio, & comparatio fieri debet inter res ejusdem generis, idcirco pro re vendita, & tradita sumpserunt ejus veram æstimationem, justumque pretium; & optimè, atque ex ordine pretium solutum venditori cum vero pretio rei venditæ compararunt: & si illud sit minus, quàm dimidium hujus, contractum posse rescindi constituerunt; quia humanum est subveniri ei, qui amittit plusquam dimidium rei suæ, hoc est, recipit minus, quàm dimidium ejus, quod dat. Quemadmodum igitur certissimum est, lædi venditorem, non quatenus illud est pretium rei, sed quatenus totum illud consequi debebat, & minus quàm dimidium est consecutus, adeoque perdidit majorem partem rei suæ, propter quod meretur auxilium legis; ita certissimum est, Imperatores nominasse verum pretium, non ipsum, quatenus pretium est, considerantes, sed ut ipsum compararent cum pretio soluto, atque ita jacturam venditoris metirentur, certamque mensuram læsionis præscriberent, quæ aliter definiri non potest, quàm determinando, quid læsus dederit, & acceperit. Verum igitur pretium ibi consideratur tamquam datum: pretium solutum tamquàm acceptum.

Alterum, quod opponebatur, deducebatur ab Aristotele *lib. 5. Ethicor. cap. 7.* ubi statuit in contractibus, atque in commerciis, quæ pertinent ad justitiam commutativam, servandam esse proportionem arithmeticam, quam attendunt ii, qui plus quàm in duplo emptorem lædi oportere contendunt. Arithmeticam autem attendit glossa. Nam 15. 10. 5. sunt in proportione arithmeticâ: 20. 10. 5. sunt in geometrica. Aristotelis sententiam amplectuntur omnes interpretes, ac præsertim ad *princ. tit. instit. de justit. & jur.* 19

Verane sit, an falsa Aristotelis sententia, non disputo: aliàs enim hoc examinavi satis copiosè. Hoc tantum dico: in dispositione nostræ legis manifestò geometricam proportionem attendi. Cum enim læsio definiatur in parte dimidiâ, & amplius, dimidium non potest referri, nisi ad proportionem geometricam. Rogo enim; si venditor rem, quæ decem constat, vendat minus quàm quinque, potest rescindere contractum, quanti vendenda sit res, quæ constat quadraginta, ut pariter contractus rescindi possit. Respondebunt utique vendendam esse minus, quàm viginti, ut minus quàm dimidium justi pretii solvatur. Atqui 40. 20. 10. 5. sunt in proportione geometricâ, non arithmeticâ: ergo in metiendo læsionem, geometricam, non arithmeticam proportionem attendimus. Hæc eadem proportio servatur in detrahendâ Falcidia, Trebellianicâ, & legitima, quia lex non certam quantitatem detrahi permisit, sed ratam, & quotam partem, videlicèt dimidiam, tertiam, quartam partem, quæ detrahi non possunt, nisi servatâ geometricâ proportione. Nam hæ partes necessariò referuntur ad totum, & crescunt aut decrescunt pro incremento, aut decremento totius, cujus sunt partes: adeòque semper sunt geometricè proportionales cum toto, Euclid. *lib. 5. prop. 15.* Si lex in computandâ læsione voluisset servari proportionem arithmeticam, præscripsisset certam quantitatem, veluti decem, viginti, triginta aureorum, ultra quam qui læsus esset, posset rescindere contractum: quemad-

modum præscripsit in actione doli, quam ob modicam læsionem dari noluit, eamque definivit esse duorum aureorum *l. si oleum* 10. *in fin. cum duab. seqq. alias l. Si quis* §. *Labeo ff. de dolo.*

Imo & inter emptores, etiam admissa glossæ sententia, omnino servari debet proportio geometrica. Etenim si emptor qui emit quindecim, quod paulo minus, quàm decem constat, rescindere potest; etiam qui emit triginta quod constat paulo minus, quam viginti, similiter poterit rescindere contractum. Atqui 30. 20. 15. 10. sunt in proportione geometrica. Quod si quis contenderet inter emptores servari debere proportionem arithmeticam, infinitis difficultatibus implicaretur, ex quibus nulla ratione se posset explicare. Nam sicut immodice læditur ille, qui emit quindecim, quod constat paulo minoris decem, ita & qui emit decem millibus quinque, quod constat paulo minoris decem millibus, & qui emit centum millibus quinque, quod constat paulo minoris centum millibus: quæ nemo non videt, quàm sint absurda. Imo si hanc regulam observaremus, res progrederetur in infinitum: nam & qui emit centum millibus uno, quod valet centum millibus, posset rescindere contractum, quia illum potest rescindere, qui duobus nummis emit, quod uno valet. Ac propterea emptor vel in minima quantitate læsus posset emptionem rescindere, quod legibus repugnat, & rectæ rationi.

Si igitur tam in venditoribus, quàm in emptoribus geometrica, non arithmetica, proportio servatur, cur ea servanda est inter venditorem & emptorem? Unde hoc discrimen? quæ ratio id suadet? Respondebant, quod cum res pretio æstimetur, semper fieri debet comparatio pretii ad rem, sive pretium excedat, sive deficiat, & inde sumi proportio. Quapropter in venditore debet referri pretium quinque ad decem: & in emptore pretium quindecim ad decem, ita ut decem, quæ sunt verum rei pretium, sint utroque casu terminus consequens hujus proportionis, seu comparationis.

Nec animadvertebant se hac ratione utramque proportionem cum geometricam, tum arithmeticam destruere. Nam hi numeri hoc ordine dispositi 5. 10. 15. 10. neque arithmeticè, neque geometricè sunt proportionales: imo nec harmonicè.

Quantum autem attinet ad Imperatorum constitutionem; hoc ipsi considerare non potuerunt, cum de emptore nihil disposuerint: itaque hæc nova, & inaudita proportio est merum commentum Advocatorum causæ inservientium. Etenim Imperatores solum considerant læsionem, jacturam, detrimentum venditoris, quem dignum putant auxilio legis, si immodicam jacturam fecerit. Hoc autem beneficium si velimus ad emptorem producere, eo tantum casu producere debemus, quo emptor æque dignus sit auxilio legis, hoc est, æqualem jacturam fecerit. Cum autem lex non certam quantitatem; sed dimidiam partem statuerit esse mensuram hujus læsionis, non potest attendi æqualitas absoluta quantitatis, sed æqualitas comparativa, seu proportionalis, & fieri debet comparatio partium, non vero quantitatum: adeo ut æque læsus dicatur emptor, ac venditor, si uterque plusquam dimidii jacturam fecerit.

Atque ut intelligatur, quam futilis sit, & absurda proposita comparatio, fingamus Imperatores non de venditore, sed de emptore statuisse, ut si plusquam duplum justi pretii solvisset, rescindere contractum posset. Hæc lex ad venditorem non posset extendi: nam si emptor potest rescindere, cùm emit 21. quod valet decem: venditor ut posset rescindere, necesse esset, ut illud idem venderet minoris, quam nihili. Etenim excessus 21. supra 10. est 11. Defectus autem nihili à decem, est ipsa decem: ergo ut defectus esset æqualis excessui, deberet vendere uno minus, quam nihil, quod est absurdum. Quemadmodum igitur facultas rescindendi concessa emptori læso ultra duplum, non aliter posset communicari venditori, nisi cùm læsus esset ultra dimidium; ita ex contrario eadem concessa venditori læso ultra dimidium, non debet communicari empto-

ri, nisi cum læsus est ultra duplum. Nam duplum in emptore respondet dimidio in venditore: cùm duplum in excessu sit idem ac dimidium in defectu, ut supra demonstravimus.

CAPUT VIII.

Ad L. nisi hoc actum 22. ff. de pact.

SUMMARIUM.

1 *Status quaestionis & occasio scribendi.*
2 *Liberato reo per transactionem, liberatur etiam fidejussor.*
3 *Etiamsi jam fuerit condemnatus.*
4 *Cùm ipso jure tollitur obligatio, fidejussor omnino liberatur.*
5 *Cùm autem tollitur ope exceptionis, quandoque fidejussori prodest.*
6 *Transactio ipso jure tollit obligationem.*
7 *Transactio tribus modis fit. & n. 13. 14.*
8 *Est contractus innominatus.*
9 *Continet novationem, & n. 10. 11. 12.*
10 *Nisi contrarium expresserint transigentes.*
11 *Praecipuè cùm mutatur forma contractus.*
12 *Etiamsi subsequens sit naturalis tantum obligatio.*
13 *Transactio per Aquilianam stipulationem liberat tam principalem debitorem, quam fidejussores.*
14 *Stipulatio adjecta conventioni transigentium tollit priorem stipulationem, & obligationem.*
15 *Transactio per stipulationem facta fit contractus nominatus.*
16 *Mutatâ formâ contractûs extinguitur fidejussio.*
17 *Etiamsi reserventur jura contra fidejussorem.*
18 *Maximè si reservatio natura contractûs repugnet.*
19 *Refellitur Urceol. dec. 17.*
20 *A remissione pignoris non valet argumentum ad fidejussorem ad privandum illud beneficio liberationis, & n. 21. 22. 23.*
24 *Difficilius solvitur pignus, quàm fidejussio.*
25 *Correo liberato aliter quàm solutione, alter non liberatur.*
26 *Contrarium obtinet in fidejussore.*
27 *Rationes differentiæ & n. 28. 29.*
30 *Declarantur auctoritates in d. dec. allegatæ. & n. 35.*
31 *Transactio cum correo alterum quoque liberat.*
32 *Etiamsi non solidum, sed pars solvatur, quanti fuit lis æstimata & n. 33. 34.*
36 *Fidejussor liberatur quotiescumque habiturus esset regressum contra principalem debitorem.*
37 *In quibus casibus non habeat regressum.*
38 *Creditor sibi jura reservans contra fidejussorem non tollit ei regressum.*
39 *Nec Princeps tollere solet.*
40 *Fidejussor potest se tueri adversus creditorem exceptione cedendarum. & n. 41.*
42 *Plura remedia agentibus concessa.*
43 *Rejicitur propositio Urceol. dec. 17. n. 26. quod creditore liberante principalem debitorem cum reservatione jurium contra fidejussorem, tacitè actum videatur, ut possint à creditore cedi actiones contra fidejussorem. Explicatur textus noster.*
44 *Creditor post transactionem nullas actiones habet, quas fidejussori cedere possit, & n. 48.*
45 *Et hæ exceptiones elidantur.*
46 *Exceptiones personales duplicis generis.*
47 *Correo per pactum liberato actiones alteri correo cedendæ sunt.*
49 *Fidejussor solvens potest petere, ut sibi cedantur actiones, etiamsi habeat actionem mandati contra debitorem.*
50 *Creditor pacto personali creditorem absolvens, ipsum liberat.*
51 *Omnino pactum personale non prodesse fidejussori, quomodo sit intelligendum.*

NI te plus oculis meis amarem, Amice 1
jucundissime, mandatis tuis obsequi nefas esse ducerem. Jubes enim, ut dicam, quod sentio de decisione nuper editâ inter Decis. Urceol. 17. quam Auctor multò ante ediderat in *tract. de transact. qu.* 74. Sed quis ego sum, qui vix primoribus labiis attigi jurisprudentiam, ut possim ferre judicium de re judicata à doctissimis viris, juris & justitiæ consultissimis? Nam etsi non sus Minervam, ut aiunt, tamen ineptè, quisquis Minervam docet: ut ait Cicero *in* 1. *Academ.* Verumtamen amicitiæ, ac benevolentiæ ergo, ineptiæ, atque etiam audaciæ culpa subeunda. Dicam igitur ingenuè ac liberè, quod sentio. Contraria sententia mihi videtur esse verissima.

Post diuturnam litem super annuo censu tandem omnis controversia decisa fuit per transactionem, quâ convenit, ut debitor solveret creditori scuta centum: quibus solutis, extinctus esset census, & resolutus contractus, & omne jus creditoris ex causa ipsius census. In fine tamen creditor sibi reservavit jura talia, qualia sibi competerent contra fidejussores census. Recepta à principali debitore summa, de qua convenerat in transactione, judicium instituit contra fidejussores: atque illi fuerunt condemnati, revocatâ priori sententiâ quæ illos absolverat,

Ego contra existimarem confirmandam fuisse priorem sententiam, & absolvendum fidejussorem.

2 Ita nos docet Paulus in *l. fidejussores 68. §. ult. ff. de fidejuss. Non possunt conveniri fidejussores liberato reo transactione.* Non poterat clarius decidi nostra controversia. Ulpianus in *l. & post. 7. §. 1. ff. de transact. Si fidejussor conventus, & condemnatus fuisset, mox reus transegisset cum eo, cui erat fidejussor condemnatus, transactio valeat, quæritur: & puto valere, quasi omni causa & adversus reum, & adversus fidejussorem dissoluta.*

3 Dissolvitur omnis causa adversus fidejussorem, etiamsi jam fuerit condemnatus. Multo magis si nec condemnatus, neque conventus fuerit. Sanè de hoc valde poterat dubitari: nam judicio contrahitur obligatio sicut stipulatione, & non ampliùs origo judicii spectanda, sed ipsa judicati obligatio. Sunt verba Ulpiani in *l. 3. §. idem scribit ff. de pecul.* Novatur enim judicati actione prior contractus *l. ult vers. Si enim C. de usur. rei judic.* imo, & sola contestatione *l. delegare 11. l. aliam 29. ff. de novat.* Itaque fidejussor condemnatus proprio nomine, tenetur ex novâ judicati obligatione; quamobrem non videbatur per transactionem rei principalis esse liberatus. Sed quia per transactionem rei dissolvitur omnis causa etiam fidejussoris, vis transactionis porrigitur etiam ad obligationem rei judicatæ, ne liberato reo principali teneatur fidejussor: contra regulam *text. in l. in omnibus ff. de solution.*

4 Sed ut distinctius hoc explicemus. Omnis obligatio tollitur aut ipso jure, aut ope exceptionis *L. qui servum §. si is cui ff. de oblig. & action. L. cum quis 38. §. 1. vers. & ideo & L. qui decem 72. in princ. ff. de solut.* Cùm ipso jure tollitur, quoniam penitus extinguitur obligatio, indubitatum est omnino liberari fidejussorem *L. in omnibus ff. de solut.* veluti si reus solverit *princ. tit. instit. vers. item si reus. quib. mod. toll. oblig.* Si compensare possit *L. verum 4. ff. de compens.* Si obligationem novaverit *l. 4. C. de novat.* & aliis modis similibus.

Ope exceptionis non penitùs extinguitur obligatio, neque tollitur actio, sed ea repellitur, & infringitur exceptione; veluti pacti conventi, doli mali, quod metus causa, & aliis, quæ recensentur in *tit. instit. de exception.* ubi & illud traditum est, debitorem esse obligatum, & efficacem esse actionem, qua convenitur. Cùm reus principalis liberatur ope exceptionis, liberatur etiam fidejussor: non tamen semper. Distinguendum autem est inter exceptiones reales, & 5 personales. Si exceptio sit realis, ut illæ, quas modo enumeravimus, & aliæ similes, prodest etiam fidejussori, qui eadem exceptione se potest defendere. *L. si quis postquam 37. l. ubicumque 60. L. Si stipulatus 5. L. ex persona 30. ff. de fidejuss. L. omnes 14. ff. de except. L. defensiones 11. C eodem.*

Si vero exceptio sit personalis: videlicet personæ debitoris principalis cohæreat, ejus personam non egreditur, nec eâ potest se tueri fidejussor *L. exceptiones 7. in princ. ff. de exception. L. etsi 24. ff. de re judic. §. ult. instit. tit. de replicat. c. privilegium de reg. jur. in 6.*

His præmissis examinare oportet, quomodo per transactionem tum principalis, tum etiam fidejussor liberentur. Perspicuè id tra- 5 ditum *in d. L. & post rem. 7. §. 1. ff. de transact.* Ibi: *omnis causa & adversus reum, & adversus fidejussorem dissoluta.* & in d. *L. fidejussores 68. §. ult. ff. de fidejuss.* Ibi: *non possunt conveniri fidejussores liberato reo per transactionem.* Si dissolvitur omnis causa: si non potest conveniri fidejussor, ergo non liberantur ope exceptionis. Etenim quando ope exceptionis contingit liberatio, manet adhuc salva obligatio, & quæ ex ea nascitur actio, quâ rectè, ac jure debitor convenitur. §. 1. *inst. tit. de except.* Ibi: *palam est te jure civili esse obligatum, & actio, qua intenditur, efficax est.* & in §. 2. Ibi: *dare enim te oportet, cùm ex stipulatione tenearis.* & suprà: *Nam eam pecuniam à te petere posse eum certum est*, & in §. 3. Ibi: *nihilominus obligatus manet: quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor in-*

tendit. & in §. 4 Ibi : *adhuc obligatus permanet.* Transactionem autem omnia jura extinguere, & dirimere omnes obligationes, & actiones, fatetur ipsemet Urceol. *in tractatu de transact. quæst.* 8. *n.* 41. *& seqq.* Ergo ipso jure tollit obligationem ; consequens autem est, etiam fidejussorem ipso jure liberari.

7 Non ignoro, transactionem tribus modis fieri posse : per simplex pactum, per Aquilianam stipulationem, & per pactum, cui subjiciatur stipulatio ; *l.* 2. *ff. de transact. L. ut responsum* 15. *C. de transact. L. cum mota* 6. *l. si super* 9. *& l. seq. l. nec intentio* 23. *& l.* 33. *C. eod. l. si superstite* 5. *C. de dolo.* Si fiat per simplex pactum, liberatur fidejussor non ipso jure, sed ope exceptionis, quia simplici pacto inita solam exceptionem parit, *L. cùm proponas* 17. *L. si quidem* 24. *L. sive apud* 28. *C. de transact.* Quod tamen intelligendum est, si transactio ex una parte saltem non fuerit impleta. Ea enim impletâ ex una parte, alter obligatur etiam civiliter
8 ad implendum id, de quo convenit. Transactio enim est contractus innominatus : *vel do, ut facias : vel facio, ut facias, L. cum te transegisse* 5. *C. de transact.* Ibi : *si de fide contractus. l.* 5. §. 1. *&* 2. *per tot. ff. de præscr. verb.* & ex hoc contractu nascitur obligatio, & ex ea actio præscriptis verbis *l.* 1. *§. item ff. de rer. permutat. l.* 2. *&* 3. *l.* 5. *§.* 2. *& seqq. ff. de præscr. verb.* Hoc autem casu non potest dubitari, omnino liberari fidejussorem, cùm fiat novatio prioris obligationis, in hanc novam obligationem, quam producit innominatus hujusmodi contractus transactionis *L. Lucius Titius* 78. *§. ult. ff.*
9 *ad S. C. Trebell.* Et in hunc transfunditur vetus obligatio, quæ extinguitur omnino, non solum pro parte, quam transigens accepit, sed in totum : nec revivíscit etiam repertis postea instrumentis, *L. sub prætextu* 19. *C. de transact. d. l. Lucius in fine ad Trebell.* ubi notanda sunt illa verba : *Si non transactum esset, posse conveniri.* Ergo si transactum esset, conveniri non posset, qui transegit : cui consequens est, ipso jure liberatum esse. Est fortissimum argumentum, ut ait Papinianus in *l.* 1. *ff. de offic. ejus.* Sed nec imperiali quidem rescripto potest vetus obligatio jam extincta resuscitari. *L. causas* 16. *C. eod.* Essentia enim novationis est constituere novam obligationem, ita ut prior perimatur *l.* 1. *in princ. ff. de novation.* Et quamvis ex constitutione Justiniani novatio non intelligatur facta, nisi id verbis exprimatur, *L. ult. C. de novation.* tamen, ut rectè statuit Anton. Fab. *in Codice tit. de transact. defin.* 2. constitutio illa non com- 10
prehendit transactionem, in qua, nisi contrarium expresserint transigentes, naturâ sua novatio continetur. Etenim cùm novatio pendeat omnino à voluntate contrahentium *d. l. ult. in fin.* Ibi : *& generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum* ; manifestè apparet, transigentes voluisse à priori obligatione recedere, & novam constituere, quoniam à lite recedere voluerunt, & dubium, & incertum jus omittere, & vice ejus certum, indubitatum jus nancisci. Optimè S. P. *in c.* 1. *de transact.* Ibi : *decernimus ut omnia instrumenta, & quicquid aliud est, &c. sit vacuum, & omni virtute cassatum, & sola pactorum inter vos habitorum pagina, validum perpetuumque robur obtineat.* Quamobbrem fatentur omnes DD. per transactionem fieri novationem ; & præter Valeron. *tit.* 5. *quæst.* 4. ipsemet *Urceol. quæst.* 73. *per tot.* Novatione autem facta à principali debitore, fidejussores liberari certi juris est *L. novatione* 4. *C. de fidejuss.* Ibi : *liberatos esse non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt. L. ubicumque* 60. *ff. eod. l. unic. C. etiam ob chirograph. pecun.*

Maximè vero fit novatio, quoties aut mutatur forma contractus, aut in transactione adjiciuntur pacta incompatibilia cum priore contractu. Idque minimè dubium est, aut controversum, sed omnium Doctorum auctoritate confirmatum. In hac autem transactione, & forma contractus est omnino dissimilis atque diversa, & maxima est pactorum utriusque contractus repugnantia. Quid enim commune habet cum censu hæc transigentium conventio. Forma, & substantia census ea est, ut fiat & constituatur super re- 11

immobili, frugifera, certis finibus designata, & interveniat pecunia coram Notario numeranda, ut apparet ex bulla V. *de censibus*, & explicat Cenc. *de Censib. quæst.* 53. *n.* 31. & si comparetur definitio census ab eodem tradita, distinctèque & explicatè singulis verbis definitionis expositis explanata, nullatenus convenit cum hac transactione. Pacta quoque sunt omnino pugnantia. In censu constitui debet jus in re, in transactione solum contrahitur obligatio, quæ personam afficit: in censu debetur annua responsio, in transactione nihil debetur annuum, quia summa, quæ debetur, fructifera non est, sicut est prædium, super quo census imponitur: in censu emptor non potest repetere pretium, quod solvit: in transactione peti potest summa promissa iis conditionibus, quæ recensentur in laudata *decis.* 17. *in princ.* in facti narratione.

Sed quid opus est circuitione, & anfractu, cum ipsi transigentes perspicuè declaraverint voluntatem novandi illis verbis: *ricevuto che sara detta somma di scudi cento, resti estinto e risoluto detto contratto del censo, &*
12 *ogni ragione, che per detta causa abiano ò aver possano detti, &c.* Quid enim est novatio? est prioris debiti in aliam obligationem translatio: hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur. Sunt verba Ulpiani in *l.* 1. *ff. de novation.* Non poterat clarius definiri nostra controversia. Nec obstat, quod ex pacto naturalis tantum nascatur obligatio, non autem civilis. *l. juris gentium* 7. §. *sed cum nulla ff. de pact. l. ex placito* 3. *ff. de rer. permut.* tum quia novatio contingit etiam quando subsequens obligatio, in quam tranfunditur, est solummodo naturalis *d. l.* 1. *in princ. ff. de novat.* tum quia ex transactione etiam civilis nascitur obligatio, cum sit contractus, ut diximus.

13 Hactenus de primo genere transactionis, quæ simplici pacto celebrata est. Ea, quæ fit per Aquilianam stipulationem, & subsequentem acceptilationem, absque dubio liberat ipso jure tum principalem debitorem, tum ejus fidejussores: quia acceptilatio habet vim solutionis §. *item per acceptilationem inst. tit. quib. mod. toll. oblig. l. si ex pluribus* 16. *in princ. circa fin. ff. de acceptil. l. non solum autem* 7. §. 1. *ff. de liberat. legat.* Atque ideo non solum acceptilatio à reo facta liberat fidejussorem *l. in omnibus* 43. *ff. de solut.* sed etiam acceptilatio fidejussoris liberat reum principalem *l. & per jusjurandum* 13. §. *si fidejussori*, *& l. si ex pluribus* 16. *ff. de acceptil.* Nam Aquiliana stipulatio adjecta transactioni, omnimodo perimit omnes præcedentes obligationes *l. Aquiliana* 4. *ff. de transaction. l. ut responsum* 15. *l. si causa* 32. *c. eod.*

Postremus modus transigendi est, cum 14
conventioni initæ inter transigentes adjicitur stipulatio, ut plerumque fit *l. cum mota* 6. *l. si super* 9. *l. fratris* 10. *l. nec intentio* 23. *l.* 33. *c. de transact.* Et hoc est factum præsentis transactionis. Nam verbum *promitto* etiam in scriptura stipulationem inducit & continet. *l. sciendum & ibi Angel. & DD. ff. de V. O. l. optimum* 14. *c. de contr. stipul* §. *item verborum* 12. *instit. tit. de inutil. stip.* §. *si scriptum* 15. *eod. tit. Paulus lib.* 5. *sentent. tit.* 7. unde §. *illum* desumpsit Justinianus. Quapropter omninò dicendum est, reum principalem ipso jure per transactionem fuisse liberatum, adeoque etiam fidejussorem. Cum enim, ut arbitror, etiam in contractu censûs intervenerit stipulatio, per stipulationem transactionis ipso jure tollitur stipulatio census *l. si unus* 27. §. *pactus ff. de pact.* Ibi: *prius pactum per posterius eliditur, non quidem ipso jure sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est: quia in stipulationibus jus continetur, in pactis versatur.* Idcirco ex transactione, in qua stipulatio fuit inserta, nascitur actio ex stipulatu, non datur actio præscriptis verbis quemadmodum datur quoties per simplex pactum inita fuit. *l. cum mota* 6. *l. si pro fundo* 33. *c. de transact.* Quia transactio subjecta stipulatione non est amplius contractus innominatus, sed convertitur in contractum nominatum stipulationis, & ex stipulatione nascitur obligatio, non ex transactione. Neque 15
enim duæ sunt obligationes, sed unica tan-

l. fin. n. 3. c. de remiss. pign. & Bartol. *in d. leg. fin.* Glossæ *in l. Paulus 12. verbo, remisisse*, & ejusdem Pauli *in d. l. Paulus ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvatur.* Hæc *n. 9. & seqq. d. decis. 17.*

Mirum profectò est, doctissimos viros ad revocandam sententiam priorum judicum, qui meo judicio rectè judicaverant, & ad condemnandos fidejussores, adductos fuisse auctoritate Doctorum, qui solvunt quæstionem à nostra controversia tam alienam, quàm quod maximè. Primùm enim illi agunt de pignore, nos de fidejussore, cujus est multò diversa natura. Novum autem est, dicta Doctorum pro lucere ad consequentia, & ad similia, quod soli legi tribuitur, quæ casus omnes non potest comprehendere *l. non possunt 12. cum duab. seqq. ff. de legib.* Multò magis novum, trahere ad dissimilia, atque diversa: sed hîc non consisto. Expendo, quid attineant ad hanc causam eorum auctoritas, & opinio.

20 Quæstio, de quâ illi disceptant, est ejusmodi. Paulus in *l. Paulus 12. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvatur* respondit, quod si creditor consenserit, & permiserit debitori suo, ut rem sibi oppigneratam tertio creditori obliget, jus suum pignoris videtur remisisse, non verò tertium in locum succedere voluisse. Quærunt hîc Doctores, an videatur remisisse hypothecam quoad omnes creditores quibus res illa est obligata. Glossa ait, videri remissum jus pignoris solùm quoad eum creditorem, cui permisit obligari. Sed eâ communiter reprobatur, quia loquitur contra litteram textûs. Bartolus autem distinguit inter feminam & masculum, & ait: hunc censeri remisisse quoad omnes; illam verò solummodò quoad tertium per text. in *l. Jubemus C. ad S. C. Vellejan.* Contra verò Salycetus ita distinguit. Si creditor sciens pignus à debitore alteri obligari, tacuit; silentium ei non præjudicat: si expressè consensit, aut consensum restrinxit ad tertium creditorem; solummodò quoad ad eum sibi præjudicat, non quod ad alios: si verò simpliciter, & absolutè consensit, pignus remisisse videtur, & quod ad omnes sibi præjudicat, sive sit masculus, sive femina. Salycetum sequitur Bich. *in d. decis. 114. n. 19. & seqq.* Ronchagal. & alii.

Quid, oro te, amice jucundissimè, commune habet, aut simile hujusmodi quæstio cum nostra causa. In hac quæritur de voluntate: in nostrâ de potestate. In hac ille, qui privatur jure suo, consentit, & quidem expressè, tacens enim pro consentiente non habetur: in nostra fidejussor; qui privandus est beneficio liberationis, nullum præstat consensum, & privatur invitus. In hâc creditor remittit jus proprium, quod habet: in nostra remittit jus alienum. Dixi breviter, & fortassè paulo obscuriùs, sed si potero. 21

clariùs explicabo. Creditor, cui pignus à debitore fuit obligatum, potest quandocumque & quomodocumque pignus remittere, & rem sibi obligatam à nexu pignoris liberare. Dimittit enim jus, quod habet, & juri suo renunciat, quod cuique facere licet *l. pactum 46. in fin. ff. de pact. l. penult. vers. cum alia, c. eod. l. si judex ff. de minor. l. invito ff. de R. J.* Potest igitur creditor remittere jus pignoris, & rem obligatam à nexu pignoris liberare: nam obligatio pignoris & consensu contrahitur, & dissolvitur: ut aïunt Severus, & Antoninus in *l. 2. c. de remiss. pign.* sed creditoris consensus est necessarius: ignoranti enim & invito non potest ei jus pignoris à debitore auferri, etiamsi reipublicæ pignori dederit. *l. 3. cod. eod. l. penult.* & *l. ult. c. eod.* Potest etiam creditor renunciare secundo creditori jus quod habet, ut ei præferatur: sed sicut illud, ita hoc pendet à voluntate creditoris, quæ in his sola spectatur. *l. creditor 12. §. si tecum ff. qui pot. in pig. habeantur.* In his igitur de potestate nulla existit controversia, cum certum sit, & indubitatum, unumquemque posse jus suum à se abdicare, & vel extinguere, vel in alium transferre, atque alteri cedere. Solùm in his versatur quæstio voluntatis: scilicèt an inter creditorem, & debitorem id actum fuerit, ut à pignore discedatur, vel ut secundus creditor in locum ejus succedat, de quâ in laudata *l. Paulus & in l. si debitor 4. §. 1. & seqq. l. solvitur l. si consensu &* 22

Bbb

aliis ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. l. 1. L. si eo tempore 6. & duab. seqq. C. de remiss. pign. l. creditor 12. §. si tecum ff. qui potior. in pign. in quibus omnibus consensus requiritur creditoris, qui jus suum amittit, quod ipsi invito auferri non potest *l. id quod nostrum ff. de R. J.*

23 In causa vero, de qua agimus, contraria omnia: in hac enim non versatur quæstio voluntatis, sed potestatis. Etenim voluntas creditoris transigentis privandi fidejussorem beneficio liberationis, certa est & expressa in ipsa transactione. De potestate solùm quæstio est, an possit eum privare hoc beneficio, quod ipsi à jure conceditur, *l. in omnibus ff. de solut.* ut supra copiosè, & luculenè probavimus. In superiore quæstione creditor amittit jus suum sua voluntate, atque consensu, ut probavimus: in hac ei aufertur invito. Si hic quoque fidejussor consentiret, utique non liberaretur. *l. novatione 4. c. de fidejussorib.* Ibi: *novatione legitimè perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fidejussores, vel mandatores liberatos esse non ambigitur: si modo in sequenti se non obligaverunt.* Animadvertere oportet in his verbis, quod pro veteri contractu non manent obligati, etiamsi consenserint, quia repugnat naturæ fidejussionis, quæ est accessio principalis obligationis, ut extincta principali obligatione subsistat; possunt tamen pro novo contractu se obligare. Itaque absurdum est, putare fidejussores pro censu, videlicet pro veteri contractu, manere obligatos: cum neque consensum præstiterint, neque si præstitissent, id consequi potuissent, repugnante juris dispositione, & naturali ratione. Itaque creditor abdicat, aut cedit jus suum volens lubens, imò ipse seipsum privat suo jure: contra hîc fidejussor ignorans & invitus amittit jus suum, atque ipsi à creditore aufertur. Vides igitur omnia esse contraria, & casus non solum esse diversos, sed inter se pugnare. Quid igitur deferendum putas huic illationi? *l. ubi pugnantia 188. ff. de R. J.*

24 Cum hæc evidentissima sint, silentio non possum prætermittere, quod periculosum admodum est argumentum, quod ducitur à pignore ad fidejussorem. Licèt enim liberato reo principali semper liberetur fidejussor *l. in omnibus ff. de solut.* tamen non semper liberantur pignora, etiamsi sublata fuerit actio personalis *l. 2. C. de solution. pign.* Ibi: *intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota l. cum quis 38. §. ult. ff. de solution.* Ibi: *qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit: post idem heredem te instituit. Quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit.* Alia exempla proponuntur in *l. qui occidit 30. §. 1. vers sed an. ff. ad Leg. Aquil. l. servum 27. ff. de pignor. l. cum notissimi* & ibi DD. *C. de præscript. 30. annor.* Pignus enim semel rectè constitutum non nisi certis modis solvitur: videlicet si pecunia soluta fuerit, vel eo nomine satisfactum creditori. *l. grege 13. §. etiam ff. de pign. l. si rem 9. §. omnis ff. de pignor. act. l. si fundus 16. § in vindicatione ff. de pignor. l. aliquando 13. §. de pignoribus ff. ad S. C. Vellejan.*

Simile est argumentum fundatum auctoritate Cavanat. *conf.* 11. & Rot. Roman. *cor. Bich. decis. 124.* & post Merlin. *de pignor. decis. 103. N. 27.* nam res apud illos controversa à proposita quæstione est longe diversa. Quærunt enim, an ex duobus correis debendi, uno liberato, liberetur etiam alter. In his autem explorati juris, quod uno ex iis liberato, alter non liberatur, nisi prior ille fuerit liberatus per solutionem, aut alium modum, qui vicem solutionis obtineat: quia iniquum admodum esset, creditorem bis idem exigere. *l. 3. in fin. ff. de duobus reis l. 2. in fin. ff. eod. l. bona fides. 57. ff. de R. J. l. Si quis dolo 52. in fin. ff. de re judic. l. si fidejussor. 29. §. hoc idem, & l. si quis alicui 27. §. ult. l. creditor 60. §. duobus ff. mand.* Cæterum aliis modis liberato uno ex correis, alter non liberatur, etiamsi in rem pactus fuerit *l. fidejussoris. 23. juncta l. idemque 25. ff. de pact.* quæ duæ leges simul jungendæ sunt, cum ex eodem libro tertio Pauli ad Edictum ambæ fuerint depromptæ, ut rectè monet Vinn. *de pact. cap. 16.* & Cujac. *ad lib. 3. Pauli* 25

ad edictum in explicatione d. l. 23. *in fin.* clarius in *l.* 3. §. *nunc de effectu* 3. *ff. de liberat. leg.* Itaque nec fidejussor liberatur pacto sui confidejussoris *d. l. si fidejussor.* 23. *ff. de pact. l si stipulatus.* 15. §. 1. *ff. de fidejussor.* Nec tutor aut curator pacto aut transactione alterius tutoris aut curatoris, qui simul cum eo tutelam curamve communiter, vel separatim gessit. *l.* 1. *C. de transact.*

26 Contraria regula tradita fuit in liberatione debitoris principalis quod ad ejus fidejussorem in *l. in omnibus, ff. de solut.* Ibi: *in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur: puta adpromissores, hypotheca, pignora:* adpromissores, id est, fidejussores. *l.* 5. §. *satis accepto ff. de V. O.* Quamobrem etiam pacto rei principalis fidejussor liberatur. *l. & heredi* 21. §. *ult. ff. de pact.* Hujus autem differentiæ plures sunt rationes. Prima, quia fidejussoris obligatio

27 est accessio principalis obligationis, & fidejussor est, qui accessionis causâ obligatur §. *fidejussores.* 3. *instit. tit. de fidejuss. l. generaliter.* 5. *in princ. l. hi qui accessionis.* 34. *ff. de fidejuss.* non potest autem esse accessio, nisi sit aliquid principale, cui adhæreat & innitatur. §. *cum in suo* 29. *instit. de rer. divis. l.* 2. *ff. de pecul. legat. l.* 2. *ff. de superfic.* adeoque sublata quocumque modo principali obligatione, etiam fidejussoris obligatio tollatur, necesse est. *l. nihil dolo.* 129. §. 1. *l. cum principalis.* 178 *ff. de R J.*

28 *c. accessorium de R. J. in* 6. Altera, quia natura & forma principalis obligationis, & fidejussionis fermè sunt unius modi, & hæc ab illa pendet; adeò ut exceptiones omnes, quæ reo principali dantur, fidejussori communicentur. *l. si stipulatus.* 15. *l. ex persona.* 32. *ff. de fidejuss. l. exceptiones.* 6. §. 1. *l. omnes.* 29. *ff de except. l. defensiones* 11. *C eod.* §. *ult. inst. tit. de replic.* ubi hæc etiam ratio redditur, quia quod à fidejussoribus petitur, ab ipso reo peti videtur: quod ex Sabini sententiâ scripserat multò antè Ulpianus in *l. adversus.* 19 *ff. de recept. arbitr. qui à fidejussore petit* τῇ δυνάμει *à reo petit*: hoc est, *potestate*, seu ut dialectici aïunt, *potentiâ*: adeoque incurrit in pœnam perindè ac si à reo peteret. Hæc autem non conveniunt duobus reis: nam nec exceptio unius communicatur alteri: nec obligatio unius est accessio obligationis alterius, cum ambæ sint æquè principales. *L.* 2. *& passim. ff. de duob. reis.*

Postrema ratio est, quia pactum cum debitore factum prodest tum ipsi debitori, qui paciscitur: tum aliis obligatis, solummodò quoties debitoris paciscentis interest, eos ab obligatione liberari. *l. & heredi.* 21. *ff. ult. cum seqq. ff. de pact.* Quibus efficitur, neque unius rei liberationem prodesse correo; neque unius fidejussoris alteri confidejussori: neque tutoris contutori; quia eorum, qui liberati sunt, nihil interest, alios simul obligatos liberari, nisi socii sint. *L. fidejussoris* 23. *ff. de pact. L.* 3. §. *nunc de effectu. ff. de liberat. legat.* Contrà verò pactum, & liberatio rei principalis prodest fidejussori, quia rei principalis interest, fidejussorem quoque liberari: quoniam fidejussor habiturus est regressum adversus ipsum reum: quocirca inutiliis efficietur reo liberatio, qui poterit à fidejussore, si non à creditore conveniri. *d. l.* 21. *in fin d. l* 3. §. 3. Quam igitur utilitatem percipiet ex liberatione? plane nullam. *d. l.* 3. *l. ult.* §. *ult. C. de usur. rei judic. l. quod dictum.* 32. *ff. de pact. l. Sed si pater* §. *non solum ff. de S. C. Maced. l. cùm Lex* 46. *ff. de fidejuss. l.* 1. §. *exceptionem. ff. quar. rer. act. non dat.* 29

His prælibatis, perspicuè apparet, doctores in propositâ decisione allegatos ad nostram quæstionem nullatenùs pertinere. Omnes enim agunt de duobus reis, & statuunt, uno ex illis per pactum liberato, alterum liberatum non esse: idque verissimum est, sed fidejussori non convenit, de quo contrarium à jure constitutum fuisse probavimus. Hoc amplius in *decis.* 134. *cor. Bichio* non solùm Sulpitius fuerat correus communitatis Signinæ in imponendo censu, sed postea constitutus erat unicus debitor ac reus, quia in assictu contracto cum communitate censum sibi accollaverat, ut refert Carill. *decis.* 90. *in princ.* ubi factum narrat 30

enucleatè, & indicat ipse Bichius *n.* 27. *in decis.* 103. *post* Merlin. *de pignor.* Similiter erant plures hæredes, qui singuli in solidum, & principaliter erant obligati, ut ibi probatur: nec ibi agebatur de pacto de non petendo facto cum uno ex heredibus, sed de dilatione per biennium, quam mater filio fecerat, ut interim posset dotem sibi debitam exigere ab aliis coheredibus. *ibi n.* 24. Dilatio autem ad solvendum concessa debitori ipsum non liberat ab obligatione, dies enim adjectus differt solutionem, non impedit obligationem. §. *omnis inst. tit. de V. O. l. centesimis* 46. *ff. eod. l. in diem.* 10. *ff. de condict. indeb. l. cedere diem.* 212. *ff. de V. S.* Si igitur non liberatur ipsemet hæres, qui paciscitur, multo minus possunt liberari coheredes, qui expressim in pacto fuerant exclusi ab ipso beneficio dilationis. Quamobrem jure ac merito Rota *ibi n.* 25. *& seqq.* decidit, pactum illud neque novationem neque liberationem inducere, atque adeò dici non posse, etiam cohæredes fuisse liberatos. Miror profectò, his auctoritatibus fundatam fuisse decisionem quam examinandam te mandante suscepi.

31 Illud adhuc addo, quod etiamsi de duobus reis ageretur, tamen transactione unius alter quoque fuisset liberatus tum vi novationis, ut initio diximus ac probavimus: tum vi solutionis. Solutio enim liberat etiam correum vel invito ac repugnante creditore. §. *ex hujusmodi instit. tit. de duob. reis princ. tit. instit. quib. mod. toll. oblig. l. solutione* 23. *l. solvere.* 53. *ff. de solut. l. solvendo* 39. *ff. de negot. gest.* Solutis igitur à debitore centum, quanti fuit inter creditorem & debitorem, utriusque consensu lis æstimata, solutione ejus, quod debet, liberatur debitor ab obligatione: eoque per solutionem liberato indubitati juris est, liberati etiam omnes alios obligatos. *d.*
32 *princ. tit. instit. de solut.* & passim. Nec officit quod tota summa census soluta non fuerit. Etenim cum jus census esset incertum, & controversum, creditor pro ea summa transigendo, tanti videtur æstimasse jus suum, ut in simili respondit Paulus in. *l. Sed si non servus.* 36. *in princip ff. ad Leg. Falcid.* nec quicquam amplius poterat à debitore extorquere, ut respondit Papinianus *in l. Imperator.* 70. §. 1. *ff. de leg.* 2. sed eâ summa contentus esse debebat, cum ipse 33
juri suo ejusmodi pretium constituerit. Dubius enim litis eventus, incommoda, impensæ, aliaque, quæ necessariò lites comitantur, valde minuunt summam debitam. Ulpian. *in l. nam hoc modo.* 11. *ff. de hæred. vel act. vend. Hoc modo admittitur esse venditionem: si qua sit hæreditas, esto tibi empta: & quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat; ut in retibus.* Hoc incertum habet æstimationem, quam ipsi dederint contrahentes, *ut in retibus.* ait J C. videlicèt quemadmodum cum emitur jactus retis, nempe captus piscium, vel avium. *l. si jactum.* 12. *ff. de action. empt. l. nec emptio.* 8. §. 1. *ff. de contr. empt.* idemque est cum emitur partus nasciturus, vel fructus futuri. *d. l.* 8. *in princ.* Nam & id quod incertum est, potest æstimari. *d. l. si jactum.* 12. *de act. empti.* & qui solvit illam æstimationem, ab obligatione per solutionem liberatur. *d. l. si jactum.* Incertum quoque emitur, & æstimatur cum emitur nomen debitoris, qui sub conditione debet. *l. nomina.* 17. *& l. multum.* 19. *ff. de hæred. vel act. vend.* imò, & cum emitur nomen debitoris cujuscumque: licèt enim certam summam debet, tamen incertum est, quid ab eo poterit exigi: vel cum emitur actio, ut in *l. venditor.* 23. *ff. eod.* Nemo autem dixerit, me non solvere integram summam, si solvero quinquaginta, quanti fuit æstimata, licèt actione illa centum peti possint. Ad 34
rem nostram. Transigentes pepigerunt de summa centum scutorum: tanti incertum litis æstimarunt: tanti creditor æstimavit actionem suam, nomenque debitoris: soluta hac summa creditori secundum conventionem, & æstimationem utriusque consensu constitutam, quis neget hac solutione plenè satisfactum fuisse creditori, & per solutionem debitorem fuisse liberatum? Atque id actum fuisse inter contrahentes ipsi

manifestò declararunt paciscendo, ut solutione conventæ summæ extingueretur & resolveretur census & omne jus quod ex ea causa posset provenire. Manifestum igitur est compertumque, solutione peremptam extinctamque fuisse principalem obligationem, adeòque etiam omnes alias, quæ ipsi accesserant: nam ea sic extincta, non possunt amplius subsistere: Imò vero, ne quidem si iterum se obligaverint, nova obligatione poterunt obstringi: nam qui fieri potest, ut obligetur ad præstandum censum, aut solvendos ejus fructus extincto jam, & resoluto censu? repugnat, & naturalis, & civilis ratio. Deficiente enim re, quæ in obligationem deducitur, consistere non potest obligatio. *l. cum illud §. 1. ff. quand. dies leg. ced. l. cum certus 5 ff. de trit. vin. & ol. leg. l nec emptio 8. in princ. ff. de contr. empt. l. 1. §. si id quod 9. ff de oblig. & act. l. si homo 69. ff. de V. O l. inter 83. §. sacram verf. & ea dumtaxat ff. eod.*

35 Nihilo magis ad rem pertinet *decis.* 169. Nam ibi reus duabus obligationibus erat obstrictus: alterâ tamquam hæres cum beneficio legis, alterâ nomine proprio, qua se per stipulationem obligaverat. Potest enim quilibet pro eadem re duabus obligationibus teneri *l. non ut ex pluribus* 159. *ff. de R. J. l. & an eadem* 14. *§. actiones ff. de except. rei judic*: maximè si altera sit proprio nomine contracta, altera vero hæreditaria *l. generaliter* 5. *verf. reum verò, & verf. refert autem ff. de fidejussor.* Potest igitur pacto vel transactione reus duabus obligationibus obstrictus ab una liberari, retentâ altera. In laudata decisione liberatus erat obligatione hæreditaria, non autem obligatione, qua ipse sua promissione, nomine proprio, se obstrinxerat. At in nostra specie D. Octavius tenebatur solùm tamquam hæres beneficiatus, nec ipse nomine proprio se obligaverat: cùm igitur tamquam hæres liberatus fuerit in transactione: & eo amplius etiam bona hæreditaria fuerint nominatim liberata, nulla superest obligatio; cui possit inniti obligatio fidejussoris: præsertim quia fidejussor initio tempore contractûs pro censu se obligaverat, qui est jus in re: ac propterea liberatâ re, super qua census fuit impositus, non potest manere fidejussor obligatus.

Infirmatis ac refutatis argumentis, quibus fundatur decisio, quam examinamus, modo revertamur ad confirmandum exquisitiùs, quod dicebamus, fidejussorem propositâ transactione fuisse liberatum. Regula juris est 36 certissima, fidejussorem liberari, quotiescumque habiturus esset regressum adversùs principalem debitorem: eâ evidenti ratione, quia frustrà liberatus esset à suo creditore debitor, si posset à fidejussore conveniri. Quid enim debitoris interest utrum à creditore, an à fidejussore conveniatur, & cogatur ad solvendum. Tradita est hujusmodi regula passim in jure nostro. In *l. cùm Lex* 46. *ff. de fidejuss.* Ibi: *fidejussor quoque liberatur: eo magis quia per ejusmodi actionem ad reum pervenitur.* In *l. 1. §. exceptionem ff. quar. rer. act. non datur.* Ibi: *etenim parvi refert, protinùs libertus cogatur dare, an per interpositam fidejussoris personam l ult. in fin. C de usur. rei judic.* Ibi: *cùm enim interventor solvere compellebatur, & ipse reum coerceat ad invitam solutionem, nullum condemnatus habebat sensum nostra humanitatis, quia per medium fidejussorem statim solvere compellebatur. l. 3. §. nunc de effectu ff. de liberat. leg. alioquin dum a correo meo petitur, ego inquietor. l. 5. in princ. ff. eod alioquin si fidejussorem cœperit convenire, alia ratione reus conveniatur. l. quod dictum* 32. *ff. de pact. l. sed si pater* 9. *§. non solùm ff. de S. C. Macedon. l. adversus* 29. *ff. de recept. arbitr.* ubi qui petit à fidejussore, τῶ δυνάμει à reo petit, & incidit in pœnam impositam petenti ab ipso reo, perindè ac si ab ipso reo peteret *§. exceptiones inst. tit. de replicat.* Ibi: *& rectè, quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati judicio redditurus est eis, quod pro eo solverint.* Est ergo regula constans, & perpetua, quod, quando fidejussor habiturus est regressum contra reum principalem, liberato reo, ipse quoque liberatur. Tribus autem in causis fidejussor non habet regressum contra reum principalem, cùm ei non detur neque man-

dati actio, neque negotiorum gestorum.

37 Prima, si fidejusserit pro debitore invito ac repugnante *l. qui fide alterius 53. ff. mandat. l. si pro te 40. ff. eod. l. fin. C. de negot. gest.* Altera, si donationis causa fidejusserit: non potest enim repetere, quod donavit *l. sed si pater 9. §. non solùm ff. de S. C. Macedon. l. quod dictum 32. ff. de pact. l. 5. in princ. ff. de liberat. leg.* Tertia, si in rem suam fidejusserit, & ad eum pecunia pervenerit, quo casu pro reo accipiendus est *l. sed si fidejussor 24. ff. de pact. l. 5. in princ. & in §. 1. ff. de liberat. leg.* His causis exceptis fidejussor habet regressum adversus debitorem principalem, pro quo solvere compellitur, ut sibi restituat, quod solvit; ad quod repetendum datur ei actio mandati vel negotiorum gestorum. *§. si quid autem 6. instit. de fidejuss. l. idemque 10. §. fidejussores ff. mandat.* adeoque ex modo explicata regula necesse est, ut liberato reo, liberetur etiam fidejussor.

38 Neque has actiones ipsi potest auferre reservatio, & protestatio creditoris: quia jus nostrum nobis invitis auferri non potest, aut fieri deterior nostra conditio. *l. nec filius 7. C. de reb. cred. l. id quod nostrum ff. de R. J. l. debitorem 15. C. de pignor. l. solvendo 39. ff. de negot gest. l. 3. in princ. ff. de transact.* Ibi: *Imperatores Antoninus & Verus ita rescripserunt. Privatis pactionibus non dubium est, non lædi jus cæterorum. Quare transactione &c. l. 2. C. res inter alios acta*, Ibi: *Inter alios factam transactionem absenti non posse facere præjudicium, notissimi juris est, l. si unus 27. §. pacta 4. vers. ante omnia ff. de pact.* Ibi: *ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re aliave persona noceat. l. quo tutela 73. §. ult. ff. de R. J.* Ibi: *nec paciscendo nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri nocere potest*: & in *l. seq. non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. §. ult. inst. tit. de his qui sunt sui vel alien. juris.* Ibi: *nec cuiquam hominum jus suum detrahi oportet.* Ita
39 respondit Antoninus Imperator. Idque adeo verum est, ut contra nec princeps ipse rescribat *l. 2. §. merito 13. & §. si quis à Principe ff. ne quid in loco publ. l. 2. C. de precib. imper. offert. l. si testamentum 10. C. de testam. l. 5. C. de revoc. don. L. auctoritatem 3. C. unde vi l. nec avus C. de emancip. liber.* Sine ulla igitur controversia fidejussor, qui transactioni non intervenit, eique consensum non præstitit, omne jus retinet adversus debitorem, omnesque actiones, quas ei debitor paciscendo cum creditore non potuit auferre. Atque remanentibus penès fidejussorem actionibus, quibus potest convenire reum principalem, ipse quoque fidejussor liberatur juxta regulam modò traditam: ergo certissimum est in proposita causa fidejussorem fuisse liberatum. De hac insuperabili difficultate altum silentium in laudata decisione.

Aliud quoque præsto est fidejussori tutissimum præsidium, quo se à creditore conventus tueatur, exceptio cedendarum. Ete- 40
nim creditor fidejussori præstare debet actiones *l. cùm is 36. ff. de fidejuss. l. cùm alter 11. C. eod.* & si non possit actiones cedere fidejussori ad solvendum parato, repelli ab agendo debet hac exceptione *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. si creditor penult. ff. de solut. l. si pupillus 45. ff. de admin. tutor.* & ad utramque legem videndus Cujacius: sunt enim admodùm obscuræ. Facit text. *in l. si mandatu 13. in l. fidejussoribus 17. ff. de fidejuss. l. Papinianus 28. & l. qui 43. ff. mandat.* Neque hoc beneficium à lege concessum fidejussori potest ipsi invito pactione creditoris auferri, quâ juri publico derogari non potest *l. si arrogator §. 1. ff. de adoption. l. jus publicum 38. ff. de pact. l. Neratius 20. in princ. vers. quia pacto ff. de relig. & sumpt. fun. l. 1. §. si inter ff. de magistr. conven. l. quod bonis 15. §. 1. ff ad Leg. Falcid. l. cerdonem 42. ff. de oper. libert.* Imo etiamsi non à lege sed pactione ipsius creditoris fuisset exceptio quæsita fidejussori, tamen contraria pactione non posset ipsi creditor eam auferre, & privare ipsum beneficio, quod ejus facto fuerat ipsi acquisitum *l. ult. ff. de pact.* Nam & naturalis, & civilis ratio suadet, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis, & inviti nos facere posse,

deteriorem non posse *l. solvendo* 39. *ff. de negot. gest.*

41 Respondent ad hoc primò, quòd fidejussor non indiget cessione actionum, ut possit agere contra reum principalem. Sed inanis est hæc responsio. Neque enim quærimus, utrum indigeat cessione actionum: sed an ei jure concessum sit hoc beneficium cedendarum actionum, & an eo possit privari à creditore. Si habet hoc beneficium, ut verè habet, eoque privari non potest pactione creditoris, consequens est, eum exceptione cedendarum actionum repellere posse agentem creditorem; quia creditor nullas habet actiones, quas cedere possit, aut inefficaces ad consequendum. Neque officit, quod alio remedio possit suum consequi. Tralatitium
42 enim, plura remedia à jure concedi, pluresque in eamdem rem actiones, plures exceptiones, ut laxior sit agendi facultas, ut docet Papinianus in *l. cùm filius* 76. §. *variis ff. de legat.* 2. Et de actionibus exempla passim occurrunt in *l.* 1. *C. commun. de legat. in l. quod in herede* 9. §. 1. *ff. de tribut. act. l. pro socio* 38. *& l. sed si ex causa* 47. *ff. pro socio l. & an eadem* 14. §. *actiones ff. de except. rei judic. l. non est novum* 10. *ff. de action. empt.* De exceptionibus autem in *l.* 2. §. *item quæritur* 4. *cum* §. *seqq. ff. de dol. mal. & met. exc.* & explorati juris est, neminem prohiberi pluribus exceptionibus uti, etiamsi diversæ sint, nisi lex ipsa impediat *l. nemo* 8. *ff. de exception. l. nemo* 43. *ff. de R. J. c. nullus* 20. *de except. in* 6. Præsertim verò in casu nostro, in quo duæ exceptiones non proveniunt ab eadem causa: & ampliùs quod exceptio cedendarum plenior est exceptione pacti. Quocirca illud etiam falsum est, quod eâ non indigeat fidejussor. Sed frustrà de hoc quæritur, ut modo dicebam; ac ne ipsi quidem judices in hoc insistunt, sed id obiter tantummodo attingunt.

43 Respondent igitur, quòd ex illa reservatione contra fidejussores deducitur, id tacitè actum fuisse inter creditorem & debitorem, ut creditor posset cedere actiones fidejussori convento, & ad solvendum parato, quibus possit à debitore, quantumcumque solverit, recuperare. Sed hæc responsio nec ullâ lege nititur, nec ullo rationis jurisque fundamento. Allegant quidem illi textum in *l. nisi hoc actum* 21. *ff. de pactis* ubi hoc apertè disponi affirmant, ejusque verba afferunt, quasi illis hæc controversia definiatur ibi *n.* 16. sed ea nihil ad rem nostram. Ibi enim agitur de exceptione pacti conventi, non de exceptione cedendarum, quæ ab ea est longè diversa. Etenim lex illa connexa est superiori legi, in qua nominatur exceptio pacti, & de ea solummodo quæritur, an proficiat fidejussori. Satis est, legem utramque vel cursim legere, ut intelligatur, quam perperàm ad hoc allegetur. Enimvero non solùm id nulla lege constitutum est. Sed lex huic tacitæ interpretationi repugnat ac refragatur. Si enim creditor potest cedere, imo cedere cogitur actiones suas fidejussori, habebit hic regressum adversùs principalem debitorem. Constans autem & perpetua juris regula est, liberari fidejussorem, quoties habiturus est regressum adversus principalem liberatum, ut paulo antè demonstratum est. Repugnat etiam ratio, & voluntas ipsius debitoris. Quorsum enim paciscatur à se non peti, si poterit conveniri, & cogi ad solvendum à fidejussore? Quid enim refert debitoris, utrum cogatur solvere à suo creditore, an à fidejussore? *l.* 1. §. *exceptionem ff. quar. rer. act. non dat. l. ult. in fin. C. de usur.* & aliis supra allatis. An vero verisimile est debitorem transigendo id egisse, ut nullum emolumentum ex transactione perciperet? Repugnat huic voluntati natura ipsa transactionis, quæ eo fit, ut à lite discedatur, ut lis finiatur, & finita amplius non reviviscat *l. fratris* 10. *C. de transact. l. causis* 16. *C. eod.* Revivisceret autem lis, si creditor cederet actiones fidejussori, quibus ageret contra debitorem: nam cùm sint eædem actiones, quibus debitor ab ipso creditore conveniebatur, eadem controversia esset in judicio disceptanda, eademque lis denuo instauraretur. Sed fac eam fuisse voluntatem transigentium contra omnem verisimilitudinem: quid tum? an hoc pendet à voluntate contrahentium? minime vero: hujus rei om-

nis potestas in jure sita est, quod creditorem compellit ad cedendas actiones, si quas habet, fidejussori solventi: & si non possit, aut nolit cedere, tuetur fidejussorem, ne cogatur ad solvendum. Debitor autem non potest auferre fidejussori exceptionem, quam habet à jure ad repellendum creditorem *l. si stipulatus 15. in princ. ff. de fidejussor.* nec impedire, ne eam opponat creditori, etiamsi contentum se esse dicat, & paratum sustinere judicium, si fidejussor mandati cum eo agere velit *d. l. in princ.*

44 Sed ut pressius agam: quas, oro, actiones cedere debet creditor, aut cedere potest, si nullas actiones amplius habet? Num potest in fidejussorem transferre actiones, quas non habet? Absurdum est hoc dicere. *l. traditio 20. ff. de acquir. rer. domin.* Ibi: *traditio nihil amplius transferre debet, vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit.* Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert. *l. si noxale 17. in fin. ff. de noxal. act.* Ibi: *quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, cùm ipsi domini non sint.* Verum enim vero creditor soluta sibi à debitore pecunia, de qua convenit in transactione, nullas amplius actiones habet adversus debitorem, qui satisfecit, cùm satisfactio pro solutione sit *l. satisfactio 52. ff. de solut. l. si rem 9. §. omnis ff. de pign. act.* ubi etiam monet Ulpianus, quod satisfactum accipitur, quemadmodùm voluit creditor, etiamsi non sit solutum: sive pretium aliquod datum fuerit: quæ maximè huic causæ conveniunt. Quamquam de hoc ambigi non possit, quia convenit in transactione, ut soluta ea summa pecuniæ, resolveretur census, & omne jus creditoris extingueretur. Itaque sublata est, & extincta creditoris obligatio tum per ipsius conventionem, tum per satisfactionem debitoris solventis summam, de qua convenerat. Sublata autem obligatio & actio non potest amplius reviviscere *l. sancimus 25. verf. non enim debet C. de admin. tutor. L. Mævius 66. §. 1. ff. de leg. 2. l. qui rem suam §. arcam verf. in perpetuum ff. de solut.* Nec potest adversus debitorem liberatum actio cedi *l. 1. C. de contr. tut. judic.* nec conveniri qui satisfecit. *l. si pupillus 45. ff. de admin. tutor.* Quomodo igitur cedet creditor actiones, si eas non habet?

Nec illud tacitus prætererire possum, quin 45 saltem strictim attingam. Etiamsi creditor actionem aliquam haberet, sed eam quæ exceptione potest elidi, tamen non posset obtinere contra fidejussorem opponentem exceptionem cedendarum actionum. Etenim non videtur cedere actionem, qui cedit actionem inutilem & inefficacem: quia nihil interest, quis actionem ipso jure non habeat, an eam, quæ exceptione potest infirmari *l. nihil interest 112. ff. de R. J.* Quocirca etiamsi exceptio esset personalis, veluti pacti personalis, tamen quia inutilis esset cessio fidejussori, propterea quod ipsam debitor repellere posset pacti conventi exceptione; idcirco repellere & ipse potest creditorem, hujusmodi cessionem offerentem. Nec poterit creditor cedere actionem liberam ab hac exceptione, cùm non possit plus juris in eum transferre, quam ipse habeat *l. nemo plus juris 54. l. nemo plus commodi 120. & l. alius 160. in fin. ff. de R. J.* Quamobrem qui utitur mandatis actionibus, eo jure uti debet, quo is cujus persona fungitur *l. emptor 5. C. de hæred. vel. act. vend. l. apud Celsum 4. §. de auctoris 27. ff. de doli mal. & met. except.* adeoque cùm creditor repelli posset à debitore, si ab eo conveniretur, exceptione pacti, ergo eadem exceptione poterit repelli etiam fidejussor, qui utitur actione creditoris.

At, inquies, pactum personale est, ideo- 46
que personalis est etiam exceptio, quæ ex eo nascitur *l. idemque 25. §. 1. ff. de pact.* Exceptiones autem personales, quæ obstant cedenti, non obstant cessionario, quia personam non egrediuntur, & fidejussori non prosunt *l. exceptiones 7. in princ. ff. de except. l. invitus 156. §. cùm quis ff. de R. J. l. doli 19. ff. de novat.* Et quamvis obstet cessionario habenti causam lucrativam *l. apud Celsum 4. §. si quis autem 29. ff. de doli mal. & met. except. & §. auctoris 31. ibid. l. 5.*

l. 5. §. *penult. ff eod.* tamen habenti causam onerosam, ut in proposita quæstione, opponi non potest *d. l.* 4. §. *de auctoris* 27. & § *si cum legitima* 28. *eod.*

Sed cavendum, ne verbi controversia nos torqueat. Ambiguum enim est hoc verbum *personalis*, quoniam aliquando refertur ad personam debitoris; aliquando ad personam creditoris: atque adeo utraque exceptio personalis dicitur, tam ea quæ cohæret personæ debitoris, quam ea quæ cohæret personæ creditoris. Si exceptio sit personalis quoad debitorem, hoc est, cohæreat personæ debitoris, utique soli debitori competit, nec ad alios transfertur: adeo ut nec hæredes debitoris ea uti possint, nec ejus fidejussores, ut est exceptio pacti personalis *d. l. nisi hoc actum* 22. *ff. de pact.* & *l. maritum* 12. *ff. sol. matrim. l. exceptiones* 7. *ff. de except.* ubi pleræque exceptiones personales referuntur. Ipse tamen debitor, cujus personæ cohærent, illis uti potest adversus omnes, à quibus conveniatur, easque opponere non solum agenti creditori, sed omnibus habentibus causam ab eo, adeoque etiam cessionario *l. quod ipsis* 143. *l. qui in jus* 177. *ff. de R. J.* Exceptio autem cohærens personæ creditoris, soli creditori opponi potest, quia nascitur ex vitio & qualitate propria creditoris, quæ non est communis habentibus causam ab eo. *l. apud Celsum* 4. §. *de auctoris* & §. *seq. ff. de dol. except.* Excipitur tamen is, qui ex causa lucrativa successit *d. l.* 4. §. *si quis autem* 29. item cùm res est reversura ad ipsum autorem *d. l.* 4. §. *idem tractat.* 30. Exempla autem harum exceptionum sunt in creditore exule vel excommunicato, qui ab agendo repellitur *c. intel eximus de judic. c.* 2. &c. *exceptionem* 12. *de exception. c. decernimus de sentent. excom. in* 6. Alia omittimus, quia hoc ad nostram controversiam non pertinet, cùm in ea agatur de exceptione cohærente personæ debitoris, de qua suprà.

47 His ad normam rectæ rationis, & ad regulas juris probè & accuratè perpensis, quid contra afferant sapientissimi judices, diligenter excutiendum. Afferunt autem multos DD. qui decidunt, posse creditorem cedere actiones fidejussori, cùm id efficiat reservatio, per quam videtur convenisse inter creditorem & debitorem, ut possint cedi actiones, quod jam confutatum est. Doctores autem, quos afferunt, nihil ejusmodi dicunt. Neque enim agunt de fidejussore, sed de duobus reis, aut de tertiis possessoribus. In duobus reis est ratio longè dissimilis. Duo rei tenentur in solidum singuli §. 1. *instit. tit. de duob. reis l.* 2. *l.* 3. §. 1. *l. ult. ff. eod. l.* 2. *C. eod.* singuli sunt æquè principales, & eadem obligatione obstringuntur, *l.* 2. *in fin. C. de duob. reis*, singuli in solidum possunt conveniri; actio enim contra singulos in solidum competit, *l.* 1. *C. eod.* & potest unus tantùm ex illis conveniri electione creditoris, *l.* 3. §. *ult. ff. eod.* adeo ut nec à principe electio possit adimi creditori. *l.* 3. *in fin. C. eod.* Uno autem ex illis liberato alter manet obligatus, & quidem in solidum *l. ult. ff. eod. l. fidejussoris* 23. *ff. de pact.* uno enim exempto ab obligatione, integra & illæsa in altero consistit obligatio *d. l. ult.* & *l. Cranius* 71. *ff. de fidejuss.* nisi solutione, aut acceptione sublata sit obligatio *l.* 2. 3. §. 1. *ff. de duob. reis*, §. 1. *inst. eod. l.* 2. *in fin. C. eod. l.* 3. §. 3. *ff. de liberat. leg.* Verè igitur statuunt DD. uno ex duobus reis per pactum liberato creditorem convenientem correum debere, ac posse ipsi actiones cedere; non quia de hoc convenerit tacitè in liberatione, sed quia ipse retinet actionem, quam cedere potest. Retinet enim actionem adversùs correum non liberatum, quia, ut diximus, altero exempto alter manet obligatus, & ideo jure potest eum convenire. Retinet actionem etiam adversùs reum jam liberatum; tum quia per pactum non tollitur actio §. *præterea inst. tit. de except.* tum quia quodammodo nomen debitoris videtur vendidisse, & ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut præstet actiones, ut ait Paulus in *l. cùm is* 36. *in fin. ff. de fidejuss. l.* 2. *C. de duob. reis.* Atque id hodie videtur de jure certissimum post *Novell.* 99. in qua jubet Imperator inter duos reos dividi obligationem & actiones cedi. Et licèt Cujac. &

Ccc

alii putent, ibi non agi de duobus reis, sed de fidejussoribus altera fidejussione obligatis, ut ibi ait Imperator; tamen à communi opinione non dissentio, ibi agi de duobus reis, quia & hi vice mutua fidejussores esse dicuntur à Papiniano in *l. reos* 11. *in princ. ff. de duob. reis.* Igitur quod *vice mutua* dixit Papianus: *alterna fidejussione* dixit Imperator. Addo præterea DD. in nostra decisione allegatos supponere reservationem factam fuisse præsente correo, qui propterea videtur eam approbasse. Gobius autem *conf.* 41. qui agit de duobus fidejussoribus, supponit, in facto liberatum fuisse unum ex fidejussoribus cum consensu, & renuntiatione ipsius debitoris. Ex quibus apparet, quam absurdum sit, nostram controversiam ejusmodi auctoritate decidere. Porro Rota post Merlin. *dec.* 10. *n.* 10. ubi agit de nostra specie, videlicet de reo principali per pactum liberato, ait obstare creditori exceptionem cedendarum actionum: & recte, ut supra est demonstratum.

48 Enim vero quæ de correis sunt constituta, fidejussori reoque principali haudquaquam conveniunt. Fidejussor enim & reus principalis non sunt æquè principaliter obligati; sed fidejussoris obligatio pendet ab obligatione debitoris principalis: ab ea sustinetur: ejus est accessio, *princ. tit. instit. de fidejuss. & §. fidejussores* 5. *l.* 1. *l. generaliter* 5. *in princ. l. hi qui accessionis* 34. *ff. eod.* Liberato reo principali vel ipso jure, vel ope exceptionis, etiam fidejussor ipso jure, aut ope exceptionis liberatur, ut initio probavimus. Quoties fidejussor habiturus est regressum contra principalem quomodocumque liberatum, etiam ipse liberatur; & hoc supra est demonstratum. Nihil tale in duobus reis. Denique si creditor non possit cedere actiones efficaces fidejussori adversus principalem debitorem, non potest ab eo exigere pecuniam. In casu autem nostro nullas actiones cedere potest, quia nullas habet, ut diximus. Sibi autem imputare debet creditor, si cedere non potest actiones, cum suo facto eas amiserit *l. Stichum* 95. *§. penult. ff. de solut.* Nec factum creditoris ejusque pactum nocere debet fidejussori. *l. factum ff. de R. J. l. si tibi* 17. *§. pen. l. si unus* 17. *§. pacta* 4. *in fin. ff. de pact.* Nec potest ei adimere jus, quod habet petendi cessionem actionum. *§. ult. vers. dominorum inst. tit. de his qui sunt sui vel al. jur.* Ibi: *nec cuipiam hominum jus suum detrahi oportet.*

Superest auctoritas doctissimi Bartholomæi Chesii, qui solus agit de debitore principali, & fidejussore, de quibus & à nobis pertractatur. Hic *lib.* 2. *c.* 22. doctissimè confutat Cujacium & Fabrum: probatque etiam fidejussorem petere posse à creditore, ut sibi cedantur actiones, etiamsi habeat proprias ac- 49
tiones mandati. Idque verissimum est: omnis enim qui pro alio solvit, exigere potest à creditore, ut sibi cedat actiones adversus debitorem, quem solvendo liberat; etiamsi aliis actionibus possit experiri *l. si cum venderet* 13. *ff. de pignor. act. l. emptor* 5. *C. de* 50
hered. vel act. vend. l. ex legato C. de leg. & passim in jure nostro. Illud satis probare non possum, quod ait *n.* 13. & 14. creditorem, qui pacto personali liberat debitorem, nolle ipsum omnino liberare, sed magis ei dilationem dare, cum velit eum ab ipso fidejussore conveniri posse impetratis à creditore actionibus: videtur enim voluisse, creditorem actiones cedere posse. Prætereo ea, quibus hoc supra refutavimus; illud addo, quod etsi hanc præsumptionem, & tacitam voluntatem creditoris admittamus in nudo pacto, tamen ea non potest admitti in transactione, quam litigantes ineunt ad litem dirimendam, ut liberentur à molestia, incommodis, impensisque & incerto litis eventu *l. fratris tui* 10. *l. causas l. nec intentio l. si majores l. quamvis C. de transact. l. post decisionem C. de furt.* non ut lis instauretur per cessionem actionum factam à creditore fidejussori, quod ne principali quidem rescripto fieri permittitur *d. l. causas* 16. Repugnat igitur naturæ, finique transactionis & intentioni transigentium hæc tacita voluntas, quam præsumunt, seu potius divinant.

Verum nec in simplici potest admitti, quod creditor voluerit potius dare dilationem debitori, quam eum liberare reservata

sibi facultate cedendi actiones. Posset enim creditor statim convenire fidejussorem, eoque ad solvendum parato cedere actiones, quibus statim compelleret debitorem ad solvendum. Ita nos docet Justinianus in *l. ult. C. de usur. rei jud.* ubi reprobat opinionem eorum, qui concedebant condemnatis inducias ad solvendum, easque denegabant fidejussoribus. Ait autem: *Cum enim interventor solvere compellebatur, & ipse reum coercebat ad invitam solutionem, nullum condemnatus habebat sensum nostræ humanitatis, quia per medium fidejussorem statim pecunias persolvere compellebatur.* Observa quæso verba illa: *statim pecunias persolvere compellebatur*: nec non illa: *nullum habebat sensum nostræ humanitatis.* His funditus evertitur superior sententia

51 At enim pactum in personam non prodesse fidejussori traditum est in *l. nisi hoc actum 22. ff. de pact.* Verissimum id quidem: sed considerandum, quomodo proficiat, & cuiquam prosit. Non alia certè ratione, quam ut nobis tribuat exceptionem pacti conventi, nec ultra vires suas extendit nudum pactum §. 3. *vers. qua de causa instit. tit. de except. l. jurisgentium 7. §. sed cum nulla & l. quod dictum 32. ff. de pact. l. 5. in princ. vers. atqui solemus ff. de liber. leg.* Nec aliud quicquam opis, ac beneficii, & auxilii pactum principalis debitoris affert fidejussori, quando ei prodest. *d. l. si quis 5. in princ.* Ibi: *pacti exceptionem fidejussori dandam d. l. quod dictum,* Ibi: *fidejussori competere exceptionem, & d. §. ult.* Ibi: *perinde succurrendum esse per exceptionem pacti.* Igitur prodesse pactum fidejussori nihil aliud significat quàm ei dari, vel non dari, exceptionem pacti conventi, quam sibi paciscendo acquisivit debitor principalis. Nec alia mens est JC. in nostra *l. nisi hoc actum*: ibi enim quæritur solummodo, quandonam exceptio pacti de non petendo quæsita reo principali prosit fidejussori. Ibi: *quatenas alii quoque prosit, vel noceat pacti exceptio*: quæ verba licet sint legis antecedentis, tamen ea connexa sunt cum consequentibus, eademque periodo concluduntur. Quocirca verissimum est, quod pactum in personam non prodest fidejussori, hoc est, ut ibi explicat Ulpianus, *fidejussor exceptione non utetur.* Poterit igitur fidejussor conveniri à creditore, nec poterit eum repellere exceptione pacti conventi, quæ cum ipso non communicatur, nec ea uti potest, nec ipsi prodest *d. l. & heredi 21. in fin. cum l. seq.* Quamvis autem ex personali pacto debitoris principalis fidejussor non acquirat pacti exceptionem; non propterea tamen amittit exceptionem cedendarum, quæ ipsi non obvenit ex pacto de non petendo, cum quo nihil commune habet: sed ipsi datur à lege ad recuperandum à reo principali, quod pro eo solvit. Certissimo argumento est, quod eam habet, etiamsi nullum pactum intervenerit, & quod eadem datur etiam iis, quibus non prodest alterius simul obligati pactum, ut confidejussores, contutores, correi.

Habes, amice charissime, meam de laudata decisione sententiam: probabilemne an secus, tuum judicium esto. Si volueris hæc omnia, quæ dixi, pragmaticorum auctoritate confirmari, volens lubens exequar. Superest modo, ut maximas tibi gratias agam, quod mihi dederis occasionem explicandi legem, quæ doctissimorum hominum torsit ingenia.

CAPUT IX.

Ad L. qui balneum 9. ff. qui potior in pign. hab.

SUMMARIUM.

1 *Conditio casualis & mixta in contractibus retrotrahitur.*
2 *Non potestativa.*
3 *In hæreditate quæcumque conditio retro trahitur.*
4 *Quoad dominium conditio retrotrahi nequit in contractibus.*
5 *Secus est in legatis & hereditate.*
6 *An in legatis conditio retrotrahatur, magna dissensio.*
7 *Verius non retrotrahi quoad obligationem legati.*
8 *In hoc legata differunt à contractibus.*

9 *Contractus conditionales statim perfecti sunt quoad factum, quidquid sit quoad juris effectus.*
10 *Legata non sunt perfecta ante conditionis eventum.*
11 *Acquisitio legati non retrotrahitur.*
12 *Nec in pignore retrotrahitur conditio.*
13 *Explicatur textus noster & n. 14. 15. 16.*
14 *Cautio pro legatis necessario præstanda est.*
15 *Prælatio in pignore ejus, qui prius acceperat non est pignoris retrotractæ.*
16 *Prætor imitatur jus civile.*
17 *Contrariis satisfit. & n. 18. 19.*
19 *Neque favore libertatis conditio in legatis retrotrahitur & n. 20.*
21 *Rotæ Romanæ argumenta expenduntur & n. 22. 23.*
24 *Et sententia Fusarii.*

1 EXplorati juris est, conditionem casualem vel mixtam in contractibus retrotrahi ad tempus celebrati contractus perinde ac si ab initio extitisset, aut sine conditione initus fuisset contractus *l. potior* 11. *§.* 1. *ff. qui potior*: Ibi: *perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset*: *l. necessario* 8. *in princ. ff. de peric. & com. rei vend.* Ibi: *quasi jam contracta emptione in præteritum*. In contractibus enim initium spectatur *L. non omne* 144. *§.* 1. *ff. de R. J.* Quo efficitur, ut si filius vel servus sub conditione contraxerit, patri & domino acquiratur obligatio, etiamsi conditio extiterit postea quam ille à patris potestate, hic à potestate domini liberatus est *l. si fil. fam.* 78. *ff. de V. O. l. qua legata* 18. *in fin. ff. de R. J.* adeo ut etiamsi filius in emancipationis suæ tempus: servus in alienationem vel manumissionem contulerit obligationem, nihilominus ea patri dominoque acquiratur *l. ult. ff. de stipul. servor.* Efficitur etiam, ut, qui contraxit sub conditione, sit potior in pignore, etiamsi conditio existat, postquam alteri fuit pignus obligatum *l. potior* 11. *§.* 1. *ff qui potior in pignor. hab.* Hæc in conditione casuali vel mixta: in potestativa, hoc est, in ea, quæ pendet à potestate debitoris, secus est. In hac enim spectatur tem-
2 pus impletæ conditionis, non vero contractus, ad cujus initium ea non retrotrahitur *l. penult. ff. qua res pign. l. qui balneum* 9. *§.* 1. *in fin. l. potior* 11. *§. Si colonus ff. qui potior.* Neque enim æquitas, aut juris ratio suadet, ut retro fingatur extitisse conditio, quam antea poterat debitor implere, si ante voluisset nasci obligationem. Non convenit, legem fingere, id factum fuisse, quod nos facere noluimus.

In hereditate quoque conditio retrotrahi- 3
tur, & in ea illud est singulare, quod retrotrahitur etiam conditio potestativa. Etenim heres quandoque adeat hereditatem, jam tunc à morte successisse intelligitur *l. heres quandoque* 54. *ff. de acquir. vel om. heredit.* quia hereditas neque ex die, neque ad diem dari potest *l. hereditas* 34. *ff. de hered. instit. §. heres purè inst. eod.* ne testator partim testatus, partim intestatus decedat, obstante juris regula in *l. jus nostrum* 7 *ff. de R. J.* Id exigit natura hereditatis, quæ universum jus defuncti complectitur *l. hereditas* 62. *ff. de R. J. l. nihil est aliud* 24. *l. hereditatis* 119. *l. bonorum* 208. *ff. de V. S. l.* 3. *in princ. & in §.* 1. *ff. de bonor. possess. l. hereditas* 50. *in princ. ff. de petit. heredit.* Quocirca etiam quoad acquisitionem dominii, fructuum atque omnium obligationum pendente conditione quæsitarum, retrotrahitur, *l. à Titio*, 64. *ff. de furt. l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. repræsentat enim personam defuncti *princ. tit. instit. de stipul. serv.* Atque in hoc etiam dif- 4
fert à contractu, in quo non potest quoad dominium conditio retrotrahi, quia dominium traditione transfertur non pactis & conventione contrahentium *l. traditionibus* 20. *c. de pact.* Itaque ante traditionem acquiri non potest. In hereditatibus quoque non acquiritur possessio bonorum hereditariorum aditione *l. cum heredes* 23. *ff. de acquir. possess.* quia possessio apprehensione rei acquiritur *l.* 3. *§.* 1. *l. quemadmodum* 8. *ff. de acquir. possess.* quæ à lege non fingitur, sicut in contractibus non fingitur traditio necessaria ad dominium acquirendum. Licèt autem dominium ex naturali possessione cœperit, & per eam acquiratur *l.* 1. *§.* 1. *ff. eod.* tamen heres etiam non apprehensa possessione dominium acquirit, sicut etiam legatarius, quia in eos ab ipsa lege transfertur, & recta via à defuncto in eos transit ministerio legis *l.* 1. & 2. *ff. de bon. possess. l. heres quandoque ff. de acquir. vel om. hered. l. qm-*

nis hereditas 138. *l. omnis* 193. *ff. de R. J.*

5 In legatis pariter dominium retrotrahitur ad tempus mortis: nam si legatum agnoscat, ministerio legis in legatarium transit dominium rei legatæ; & quidem à die mortis dominus fuisse fingitur, quasi ea numquam facta fuerit heredis, sed recta via à defuncto transiverit ad legatarium *l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. *l. à Titio* 64. *in fin. ff. de furt. l.* 1. *in fine ff. de public. in rem action.* Animadvertendum tamen est, quod tam in heredum institutionibus, quam in legatis id non fit virtute, & natura conditionis, cui propriè conveniat, ut retrotrahatur: sed ex natura hereditatis, & legati. Etenim etsi ea purè relicta fuerint, licet multum temporis intercesserit inter mortem, & aditionem hereditatis, vel agnitionem legati: tamentam hereditas, quàm legatum statim à morte testatoris ipsis acquisita finguntur, ut apparet ex laudatis legibus.

6 An autem etiam quod ad retrotrahendam conditionem legata sint dissimilia contractibus, & diverso jure censeantur, inter nostros est magna dissentio. Ipsum Rotæ Romanæ supremum tribunal in hac controversia variavit. Vetus Rota communem DD. sententiam secuta non retrotrahi conditionem sæpè definivit: recentior non Doctorum numerum, sed rationum momenta perpendens, ut ait, abiit in contrariam sententiam. Doctores autem contra sentientes statuit esse intelligendos de acquisitione dominii ac spe transmissionis. Utrumque à vero prorsus abhorret. Nam quoad acquisitionem dominii, conditio retrotrahitur, ut modo probavimus: & DD. non possunt intelligi de spe transmissionis, cum de hac solummodo non agant, de qua nulla est omnino controversia, sed generaliter etiam quoad alios effectus, & in specie etiam quoad hypothecam. Ego ut ingenuè fatear, quod sentio, priori sententiæ libens accedo.

7 Quod conditio non retrotrahatur quoad obligationem legati, certissimi juris est. Nam in legatis puris statim à morte dies legati cedit. *l.* 5. §. 1. *ff. qu. dies leg. ced.* In legatis autem sub conditione nonnisi existente conditione dies legati cedit, hoc est, nascitur obligatio. *d. l.* 5. §. *sed si sub conditione.* Neque hæc obligatio retrotrahitur, nam si retrotraheretur, transmitteretur ad heredes obligatio: fingeretur enim nata tempore mortis testatoris, vivo scilicèt legatario, adeòque ad heredes transiret, sicut evenit in contractibus, ut anteà demonstratum est. Evenit pariter in legatis, quoties ejusmodi est conditio, quæ per mortem legatarii impleatur. *l.* 4. §. 1. *ff. qu. d. leg. ced. l. Titio fundus.* 73. *in fin. l. si ita legatum.* 103. *ff. de cond. & dem.* Cum enim eodem momento, quo existit conditio, cedat dies legati; videtur cessisse vivo legatario, quia momentum, quo quis moritur, vitæ tribuitur, non morti, *l. qui duos.* 18. §. 1. *ff. de manum. testam.* Quamobrem licèt pendente conditione, qui contraxit, creditor sit; tamen legatarius conditionalis creditor non est. *l. is cui sub conditione.* 42 *ff. de oblig. & act. Is cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor: quamvis eum qui stipulatus est sub conditione placet etiam pendente conditione creditorem esse.* Faciunt *text. in l. creditores* 10. *in fin. in l. conditionales* 54. *ff. de V. S.* Creditor conditionalis ex contractu impedit libertatem datam in fraudem creditorum contra Legem Æliam Sentiam: Legatarius conditionalis non item. *l. in fraudem* 27. *ff. qui & à quib. manum. lib. non fiant.* Creditor conditionalis ex contractu spem habet obligationis, & actionis, eamque spem ad heredes transmittit §. *sub conditione inst. tit. de V. O. l. conditionales* 54. *ff. de V. S.* Legatarius conditionalis, nec spem quidem habere videtur *l. conditionales* 54. *in fin. ff de V. S. juncta l. is cui* 42. *ff. de oblig. & action.* certè nihil habet, quod ad heredes transmittat. *l. intercidit in princ.* 59. *ff. de condit. & demonstrat. l.* 4. *in princ. & leg. seq in princ. juncto* §. *sed si* 2. *ff. quod. leg. ced.* Dies certò exiturus, & conditio pariter certò exitura non efficit in contractu creditorem conditionalem, etiamsi ignoretur, quando utrumque sit exiturum. *l. si pupillus* 5. §. 1. *ff. de novat. l. nam si* 17. *cum seq junctà l.*

in diem ff. de condict. indeb. efficit tamen legitarium conditionalem. *l. hæres meus.* 78. *in princ. ff. de cond. & dem.* dummodò certum sit, exituram vivo legatario *d. l. hæres meus* §. 1.

Torquentur interpretes in indaganda ratione diversitatis & differentiæ inter con-
8 tractus & legata. Jason in. *l. si is qui pro emptore.* 15 *ff. de usu cap.* quinque diversas opiniones recenset. Ego, quantum existimare possum, ita sentio. Contractus facti magis, quàm juris sunt. *l. consilio* 7. §. 3. *ff. de curator. fur.* Quod attinet ad factum, statim perfecti sunt usque ab initio, simul ac in contrahendo intervenerit utriusque contrahentis consensus & alia, quæ ad substantiam, formam que cujus que contractus pertinent: ut verba in stipulatione, res. in contractibus qui re constant. §. *alia autem instit. tit. de donat. l. qui id quod* 33. §. *ult. ff. eod. l.* 1. *in fine l. in venditionibus.* 9. *in princ. ff. de contr. empt. l.* 2. *in princ. l. in quibuscumque.* 48. *ff. de oblig. & act. l. continuus.* 137. §. 1. *ff. de V. O. l.* 3. *in fin. C. de resc. vend.* & passim. Cùm enim expleta est substantia & forma contractûs, aut aliûs cujuscumque actûs, non potest ipse non esse perfectus. Quòd si contractui adjecta fuerit aliqua conditio; suspendit quidem illa obligationem & plerosque juris effectus in incertum éventum, ut est natura conditionis. §. *sub conditione.* 4. *instit. tit. de V. O. l. cum ad præsens.* 37. *cum duab. seqq. ff. de reb. cred.* Cæterum nihil detrahit de perfectione contractûs, qui ex se aptus est, & idoneus ad producendam obligationem, omnesque juris effectus, nisi impediatur conditionis incerto. Quantum ad juris effectus, aliquando contractus conditionalis dicitur imperfectus. *l. necessariò.* 8. *in fine principii. ff. de peric. & comm. rei vend. & l. quod sæpè.* §. *in his &* §. *ult. ff. de contrah. empt. & in. l.* 1. §. *sed & custodiam. ff. de peric. & com. l. bovem.* 43. §. *si sub conditione. ff. de ædilit. edict. l.* 1. *ff. de donat. l. hæc venditio* 7. *in princ. ff. de contrah. empt.* Cùm enim ipsis obstet impedimentum pendentis conditionis, non potest illos producere, quo fit, ut quòd attinet ad illos effectus, contractus dici ac videri possit imperfectus: de reliquo contractus ab initio perfectus est quoad factum, & substantiam, ita ut nihil à contrahentibus agendum sit ampliùs ad ipsum perficiendum, & existente conditione sine ullo novo facto contrahentium producat omnes juris effectus. Existente igitur conditione, atque adeò sublatâ suspensione, ac remoto impedimento, statim nascitur obligatio: non quidem ex eventu ipsius conditionis, sed ex pristina voluntate contrahentium expressa, & interposita secundùm præcepta juris jam olim in actu contrahendi. Itaque recurrendum est ad tempus initæ conventionis, ex qua nata est obligatio remoto impedimento, quod ipsam suspendebat, & in incerto ponebat & perindè haberi debet, ac si tum temporis nata fuisset, cùm nata sit ex illis, quæ tunc acta fuerunt inter contrahentes. Etenim existens conditio nihil confert ad constituendam obligationem, sed solùm tollit, quicquid erat incerti, unde suspensâ detinebatur. Rectè Pomponius in *l. sub conditione.* 16. *ff. de solut. Sub conditione debitori si acceptum feratur, posteà conditione existente intelligitur jam olim liberatus: & hoc etiam si solutio re fiat, accidere Aristo dicebat.* Non potest intelligi jam olim liberatus, nisi fuerit jam olim obligatus. Et Scævola in. *l. ult.* §. 1. *versic. sed si ff. de vulg. sed si extiterit conditio, duæ pure sunt.* & infrà *vers. quippè* Ibi: *quippe cum etsi extiterit conditio, duæ puræ sunt institutiones.* His efficitur, in contractibus spectandum esse tempus contractus tum, cum in contrahendo gesta fuerunt omnia ad producendam obligationem comparata, ex quibus posteà nullo contrahentium facto interveniente nata est obligatio. Illa enim ipsam pepererunt: illinc initium cepit obligatio: ex eo fonte dimanavit: Propterea retrotrahi debet conditio, quæ ipsam suspensam detinuit, & remorata est. Debet etiam spes ejus ad hæredes transire mortuo ante existentem conditionem creditore: tum quia intelligitur obligatio initio contracti: tum quia contrahentes non solùm sibi, sed etiam

heredibus suis consulere voluisse censentur. *l. si pallum. 9. in fin. ff. de probat.* Quamobrem creditor etiam conditionalis, dicitur creditor: neque enim debitor ulla ratione potest declinare obligationem & à contractu recedere pendente conditione, quandocumque ea sit extitura.

10 Non ita res est in legatis. Ea enim initio non sunt adeò perfecta & consummata, ut adstringant ullâ necessitate vel testatorem, vel legatarium. Testator potest mutare voluntatem. *l. 1. C. de sacros. Eccl. l. quòd si 4. ff. de adim. leg.* potest adimere, vel transferre legatum. *l. 3. §. ult. l. sicut. 5. & toto tit. ff. de adim. vel transfer. leg. princ. tit. inst. de adempt. leg.* Legatarius neque voluntatem suam, neque consensum applicuit ad liberalitatem testatoris, & ignorat plerumque legatum sibi relictum fuisse, ac vivente testatore nihil omninò juris habet in legato. Mortuo verò testatore nemo tenetur & adstringitur ante aditam hæreditatem: eâque non aditâ, vel quia noluerit heres, vel quia non potuerit adire, fit irritum testamentum. §. *posteriore inst. tit. quib. mod. testam. infirm. l. 1. ff. de injust. rupt.* & legatum pro non scripto habetur. *l. 3. non modicè, ff. de his, quæ pro non script. hab. l. si nemo. 9. ff. de testam. tut. l. eam quam. 14. C. de fideicom.* Ex persona quoque legatarii facilè potest evenire, ut intercidat legatum, veluti si ante eventum conditionis moriatur. *l. intercidit. 59. in princ. ff. de cond. & demonstr.* moritur enim, antequàm ei legatum debeatur. *l. legata 41. ff. eod.* & dies legati cedat. *l. 5. §. sed si sub conditione ff. qu. dies leg. ced.* adeòque nihil ad heredem suum transfert. *d. l. 5. in princ.* nec spem quidem, quæ adeò inanis est, & incerta, & caduca, ut nec spem quidem habere dicatur, quam possit ad heredes transmittere. Idque ex natura legati, & ex voluntate testatoris: nam cum legatum sit donatiò, quam testator confert in legatarium. §. 1. *inst. tit. de legat. l. legatum. 36. ff. de legat. 2.* utique testator eam confert ob meritum legatarii, vel ejus remunerandi causa, vel amicitiæ ergo. *l. nec djecit. 5. ff. pro soc.* quapropter in personam legatarii clausit benignitatem suam, eique soli consulere voluit, non heredibus ejus sibi ignotis, & fortè etiam inimicis. Igitur si legatarius vivens non acquisivit legatum, nihil potest ad heredem transferre, non acquirit autem nisi eo vivente conditio existat. *l. si cum. 4. ff. qu. d. leg ced.* Existente autem conditione licèt dies legati cedat, & nascatur obligatio legati, nihilominus tamen dubia est, & incerta legati acquisitio: potest enim hereditas debitis adeò atque oneribus esse obnoxia, ut legatariis nihil supersit: potest & legatarius repudiare legatum, invitus enim accipere legatum non tenetur. *l. nec emere C. de jur. deliber. l. invito ff de R. J.* Igitur ut legatum acquirat, debet ipsum post existentem conditionem agnoscere, nec implendo quidem conditionem ipsam acquirit. *l. ei qui ita ff. de cond. instit.* Imò etsi ante eventum conditionis agnoscat, vel repudiet legatum, nihil agit. *l. si ita scriptum. §. 1. ff. de legat. 2. juncta l. is potest. 18. ff. de acquir. vel omit. hered.* His de causis necesse fuit statuere contra, atque in contractibus est constitutum: scilicèt ut legatarius pendente conditione non sit creditor: ut non transmittat spem adeò dubiam & incertam, ac propè nullam ad heredes; ut conditio non retrotrahatur.

Expositâ ratione differentiæ cætera modò prosequamur. Quod attinet ad acquisitionem legati, pariter spectatur tempus existentis conditionis, eaque non retrotrahitur. Itaque si legatum sit ei, qui erat alienæ potestati subjectus, nihilominus sibi legatûm acquirit, si conditio existat eo tempore, quo sui juris est. *l. 5. §. ult. l. si usufructus 14. in fin. ff. qu. d. leg. ced. l. si uxorem 5. C. de condit. insert. l. si post mortem. 68. ff. de leg. 1. l. 2. §. id quoque. 3. ff. de collat.* ubi indicatur discrimen inter stipulationem & legatum conditionale, quoad collationem; & agitur de præjudicio tertii. Item qui post apertum testamentum fuit deportatus, aut in metallum damnatus, si tempore existentis conditionis fuerit restitutus, legatum acquirit. *l. eum qui. 104. ff. de cond.* 11

riter est, fraudare edictum prætoris ejusque providentiam, quâ sollicitè consuluit legatariis *l. fraus* 30. *ff. de leg. l. justissimè* 44. *ff. de ædil. ed. l. si quis* 33. §. 1. *ff. ad l. Jul. de adult. l. si in fraudem* 9. *C. de legat. l. Imperator* 50. *ff. ad S. C. Trebell.* Cùm igitur non debeat esse in potestate hæredis, fraudare atque eludere legatarium, qui tempestivè accepto pignore sibi consuluerat, *l. penult. in fine, vers. ne in potestate ff. ad Leg. Falcid.* prætor legatarium tuetur in pignore, quod priùs acceperat, adversùs eum, cui posteà fuit obligatum. Eâdem ratione præfert posteriori creditori legatarium, qui priùs prætorium pignus obtinuit *l. is cui* 5. §. *qui prior. ff. ut in possess. legat.* Dubitari autem non potest, eum, qui rem à se legatario priùs obligatam, alteri posteà obligat, fraudem facere, & dolum committere: obstringitur enim crimine stellionatûs *l. tutor.* 16. §. 1. *l. si quis* 36. §. 1. *ff. de pignor. act.* quod crimen sine fraude ac dolo non committitur *l.* 3. §. 1. *ff. stellionat.* Ad rem nostram optimus textus in *l.* 1. *& l.* 4. *C. de crim. stellion.* Porrò æquum non est, ipsum de sua improbitate & dolo præmium ferre, & lucrum sperare *l.* 1. *in princ. ff. de dolo malo l.* 1. §. 1. *ff. de doli mali except. l. ita demum* 31. *ff. de recept. arbitr. l. itaque* 12. §. 1. *l. eum qui* 14. §. *is autem ff. de furt. l. si ab hostibus* 10. *in fine ff. solut. matrim. c. intelleximus* 7. *de judic.*

15 Nec obstat, quòd, ut diximus, hæc satisdatio, legati conditionem sequatur *l.* 1. §. *si quis sub conditione* 14. *ff. ut legat. nom. cav.* ac propterea si non retrotrahitur legatum, nec pignus possit retrotrahi. Etenim non retrotrahitur obligatio pignoris, sed prætor tuetur eum, qui priùs accepit pignus, eumque præfert posteriori. Pignoris causa tota pendet à jurisdictione prætoris, qui ex solo pacto dat actionem hypothecariam *l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. l.* 1. *in princ. ff. de pign. act. juncto* §. *item Serviana* 7. *instit. tit. de action. & l. pignoris* 17. *ff. de pignor.* quod de jure civili neque obligationem neque actionem produceret *l. juris gentium* 7. §. *sed cum nulla l. si tibi* 17. §. 1. *ff. de pact.* Prætor igitur tuetur in pignore legatarium, qui prior pignus accepit, eumque præfert posteriori, cùm existente conditione appareat pignus à legatario ritè contractum fuisse, quia pignoris obligatio etiam futuræ obligationi potest accedere, & principalem obligationem præcedere *l. res hypothecæ* 5. *ff. de pignor. l. grege* §. *penult. ff. eod.* Quamobrem cùm & ritè contractum sit, & prius, pro priore, & anteriore à prætore habetur, nec ipsi præfert posterius pignus, quod circumscribendi prioris creditoris causa, qui jam sibi consulto caverat, postea
contractum est. Nimirum prætor in hoc se- 16
cutus est, & imitatus jus civile, ut solet *l. scio* 14. *ff. de testib. l. cum sponsus* 12. §. *si res ff. de public. in rem act. l. factam* 63. §. *si sub conditione ff. ad S C. Trebell.* Jus civile, si servus, aut filius contraxerit sub conditione, cum manumissus fuerit, aut emancipatus, idque dolo malo fecerit, statuit obligationem domino, patrive acquiri, perindè ac si purè contracta fuisset, cùm erant in potestate, ne præbeat occasionem servis, ac filiis eludendi potestatem, cui subjecti sunt, & in fraudem dominorum ac parentum ita semper, aut frequenter stipulari *l. ult. ff. de stip. servor.* Moderatur enim huic regulæ de retrotrahenda conditione jus civile, prout ratio, & æquitas postulat. Non absimile & quidem elegantissimum exemplum proponit Africanus in *l. quidam* 46. *ff. de hæred. inst.* Titius filiumfam. sub conditione emancipationis instituere volens, id ipsi communicavit. Filius veritus, ne fortè pater offenderetur, Titium rogavit, ut Cajum amicum suum institueret, eumque juberet sibi emancipato hæreditatem restituere. Titius Cajum instituit, sed de restituenda hæreditate filio emancipato non rogavit: fortè quia sciebat Cajum cum filio de hoc convenisse. Cajus mortuo testatore nolebat hæreditatem adire, aut aditam emancipato restituere recusabat. Quærit Africanus, an cogi possit, & qua actione, & an actionem habeat Pater, an filius. Respondit cogi posse actione mandati, cùm de restituenda hæreditate à filio rogatus fuisset,

& ea actione ipsum filium agere posse, non patrem. Est hoc contra regulam traditam in *l. filiusfam.* 78. *ff. de V. O.* Mandatum contractum est à filio, dum erat in potestate patris, ergo existente conditione emancipationis patri debet acquiri obligatio, & actio mandati: ita sanè dictat proposita regula: sed bona fides & æquitas non patitur, ut contra voluntatem defuncti pater ejus hæreditatem consequatur. Idcirco cùm filio detur actio ex æquitate, quæ ipsi non competeret stricto jure, non directam, & vulgarem, sed utilem actionem habet: directa enim patri competeret, nisi repugnaret voluntas testatoris. Fallitur hìc Accursius, qui ait non esse hìc contractum. Satis ipsum confutant illa Africani verba: *cùm à filiofam. rogaretur amicus, & aditurum se hæreditatem recepisset, & restituturum.* An hæc verba non continent mandatum, & quidem expressum? *l.* 1. *in princ. & in* §. *item si & toto tit. ff. mandati.* Nec est, quod nos turbet ac torqueat *l. si mandatum* 22. § *fugitivus* 9. *ff. mand.* quam huic legi opponit Accursius: nam ibi servus manserat in potestate domini, & ideo domino quæsita est actio §. *item vobis instit. tit. per quas person. cuique acq. l. acquiruntur.* 10. §. 1. *l. etiam invitis* 32. *ff. de acquir. rer. dom. l. quemadmodùm* 46. *ff. de jur. dot.* Aliud exemplum proponit Africanus in fine ejusdem legis de filiofam. qui fidejussit, & post emancipationem solvit. Huic etiam datur utilis actio mandati ad repetendum, quod solvit: scilicèt datur ex æquitate: directa enim stricto jure danda esset patri, in cujus potestate erat filius, quando contraxit, sed hìc non spectatur tempus contractûs, sed solutionis, quo cœpit jus exercendæ hujus actionis. Non absimile exemplum affert Papinianus in *l. si debitori* 47. *ff. de fidejus. Filiusfam. ita fidejussorem accepit: quantam pecuniam credidero, fide tuâ esse jubes?* & emancipatus credidit. Fidejussor non patri obligatus est, sed filio *humanitatis intuitu*, filioque datur actio utilis: quæ ab Ulpiano dicitur actio *in factum* in *l. si vero* 12. §. *si filiofam.* 6. *ff. mandati.* Propiùs ad rem nostram accedit Pomponii responsum in *l. si à te* 10. *ff. ut legat. nom.* Titius hæres legatario conditionali satisdederat: mortuus est; antequàm adiretur ejus hæreditas, extitit conditio legati: fidejussor legatario tenetur, & conveniri potest, licet nondum quisquam sit hæres, cui fidejussoria obligatio innitatur, & qui ex principali obligatione possit conveniri. Fidejussori pignus comparatur in *l. si ex legati* 28. *in fin. ff. de pignor.* Propterea etiam pignus post existentem conditionem perindè habetur ac si priùs fuisset obligatum, ne sit in potestate hæredis fraudare legatarium, & edictum prætoris eludere supplantando legatarium ope Prætoris præsidioque munitum.

Hactenùs de pignore. Sunt & alia argumenta, quibus confici videtur, etiam in legatis retrotrahi conditionem, quæ confutare oportet. Occurrit primo responsum Papiniani in *l. fundo legato* 4. *ff. ad Leg. Falcid. si hæres, à quo mihi legatum est sub conditione, ea pendente me hæredem instituat, ac postea legati conditio existat, fundus non jure hæreditario, sed legati meus esse intelligitur.* Ergo existens conditio retrotrahitur; prævalet enim titulus legati, qui prior est, si spectetur tempus mortis primi testatoris, titulo hæreditatis, qui posteà supervenit. 17

Respondeo prævalere, & potiorem esse titulum legati titulo hæreditatis, non quia prior sit, sed quia potentior est, cum legatum habiturus fuisset legatarius, etiamsi hæres non fuisset institutus. Proinde non debet ei in Falcidiam imputari.

Etenim extra causam bonorum defuncti computantur, quæ quis habiturus esset etiam alio hærede existente, ut docet Paulus in *l. sequens quæstio* 68. *ff. de legat.* 2. Licèt enim pendente legati conditione res sit in dominio hæredis, tamen existente conditione, de dominio hæredis eximitur, & fit legatarii *l. & post litem* 12. §. *ult. ff. famil. hercisc.* Omnia enim, quæ ab hærede facta sunt, evanescunt existente conditione legati *l. si fundum* 105. *ff. de cond. & dem. l. grege* §. 1. *ff. de pignor. l. Seja legato* 69. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. is cui* 11. §. 1. *ff. quemadm. servit. amit.* Ergo res sub conditione legata interim

hæredis est, existente autem conditione ad legatarium transit *l. arboribus* 12. *alias l. si fur* 13. §. *ult. ff. de usufr.* nisi dicamus, interim in suspenso esse, an res sit hæreditaria, quod innuere videtur in fine ejusdem legis Ulpianus: & facit ad rem *l. in ratione* 11. §.
18 1. *ff. ad Leg. Falc.* Opponit Accursius *l. cui res* 29. *ff. de act. empti.* Ibi: *cui res sub conditione legata erat, is eam imprudens ab hærede emit: actione ex empto poterit consequi emptor pretium, quia non ex causa legati rem habet.* Hæc lex conciivit turbas apud veteres interpretes. Res est expeditissima, atque illinc nulla turba. Qui rem sibi sub conditione legatam emit imprudens ab hærede: aut rem emptam accepit, & pretium solvit, aut non accepit: Si rem accepit soluto pretio; utique eam habet ex causa emptionis, non ex causa legati, cujus conditio nondum extitit. Existente autem conditione, cùm alienatio ab hærede facta revocetur, & fiat irrita *l. servo legato* 69. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. ult.* §. *sin autem sub conditione C. commun. de legat.* non habet amplius ex causa emptionis, quæ jam est irrita, sed ex causa legati, ex qua ipso jure transfertur dominium *l. legatum* 110. *ff. de legat.* 2. *l. à Titio* 64. *ff. de furt. l.* 1. *in fin. ff. de public. in rem act.* Itaque cùm nulla sit emptio, poterit emptor pretium, quod causa emptionis solverat, actione ex empto recuperare, & rem ex causa legati retinere *d. l. cui res.* Quod si rem non acceperit, potest agere ex testamento, eamque ex causa legati consequi, adeoque si hæres venditor agat ad pretium actione ex vendito, absolvendus erit, quia rem non habet ex causa emptionis *l. hujusmodi* 84. §. *qui servum ff. de legat.* 1. Si vero pretium solverit, & rem non acceperit, actione ex testamento rem legatam consequetur: actione ex empto pretium solutum recuperabit *d.* §. *si servum versic. quod si pretio.* Rursus si agens actione ex empto cùm pretium solverit, compererit, rem emptam sibi fuisse legatam, & ad eam consequendam agat ex testamento; non aliter hæres absolvi debebit, quam si & pretium restituerit, & rem legatam actoris fecerit *d.* §. *vers. quòd si judicio.* Licèt enim ab initio actione ex empto rem petierit, tamen resoluta emptione propter legatum, actio ex empto ad pretium recuperandum dirigitur, & actio ex testamento ad rem legatam obtinendam. Potest tamen etiam ad pretium, quod ipsi abest, agere ex testamento, si rem fuerit ex causa emptionis consecutus *l. planè* 34. §. *quòd si rem ff. de leg.* 1.

Secundo potest opponi *l. Neratius* 7. *ff. de manum. testam.* Testator his verbis servo libertatem dedit: *si mihi nullus filius erit, cùm moriar, Stichus liber esto*: si posthumus nasci speretur, & non nascatur, Stichus retro liber fuisse videtur. Quidam hujus legis auctoritate perculsi existimarunt, in legato libertatis retrotrahi conditionem: atque id, ut est natura Doctorum, ut numquam, ubi constiterunt, pedem figant, ad legatum pium produxerunt. Sed falsissimum est, in legato libertatis trahi retro conditionem. 19
Hac in re deterioris conditionis est aliis legatis. Aliorum legatorum dies cedit à morte testatoris, nec diei cessioni moram facit aditio hæreditatis *l. si post diem* 5. §. 1. *& l. hæredis* 7. *in princ. ff. qu. di. leg. ced.* Dies legati libertatis non cedit, nisi ab adita hæreditate: imo & dies legati servo cum libertate relicti *d. l. hæredis in fin. cum leg. sequ. ff. qu. d. leg. ced.* § *Si peculium, inst. tit. de legat.* In cæteris legatis spectatur tempus mortis, in hoc tempus aditæ hæreditatis, *d.* §. *si peculium, & l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. legat.* quia non potest acquiri servo ante libertatem, & libertas ei non competit, nisi à die aditæ hæreditatis, *l. nam cùm libertas* 8. *ff quando d. leg ced.* Quod autem ad legatum conditionale libertatis, satis constat pendente conditione statu liberum esse servum, *l. statu liberum* 9. *in princ. ff. de statu liber. l. & post litem* 12 *in fin. ff. fam. ercisc. l. statu liberum* 11. *in princ. ff. de legat.* 2. *l. edictum* §. *ult. ff. de quæst. l.* 1. §. *servi ff. de S. C. Syllan.* & à cæteris servis nihilo pene differunt tam quoad actiones tum ex delicto, tum ex negotio gesto contractuque provenientes, quàm quoad publica judicia *l. statu liberi* 29. *in princ. ff. de*

statulib. & quod conditio non retro trahatur certissimo argumento est, quod si statulibera pepererit, partus est heredis servus *l. statulibera 16. ff. eod.* & quod statuliberi peculium crescit, ac decrescit usque ad tempus libertatis, & ad ipsum accessio pertinet, ac decessio *l. si hereditas 28. in fin. ff. eod. l. pen. §. 1. ff. de pecul.* Nam si traheretur libertas retro ad tempus mortis, peculium ab illo tempore neque cresceret, neque decresceret, quia spectandum esset, quid foret in peculio tempore mortis *d. l. penult. in princ. l. denique §. fin. ff. de pecul. legato §. si peculium inst. tit. de legat.* Neque statuliberæ filius servus esset, quia si retro fingatur extitisse conditio, ex libera natus erit *l. apud hostes 9. l. in bello 12. §. ult. cum leg. seq. l. postliminium 19. §. Si statuliber vers. diversum ff. de capt. & postlim. rev.*

Hisce præmissis ad *d. l. Neratius 7.* respondetur, quod cum ex post facto apparuerit, mulierem non fuisse prægnantem; apparuit, etiam nullum filium fuisse testatori eo tempore, quo mortuus est, & ideo ab eo tempore Stichus liber fuit. Licet enim ignoraretur an mulier utero gereret; adeoque ignoraretur etiam, an extitisset conditio; tamen ex post facto apparet, ventrem vacuum fuisse, & retro extitisse conditionem, eaque existente Stichum retro liberum fuisse, quia per rerum naturam certum erat mulierem non esse prægnantem quamvis id non appareret, & à nobis ignoraretur. *Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licèt apud nos incerta sint*: ut ait de conditionibus de præsenti, & de præterito Justinianus in *§. conditiones 6. de V. O. l. si ita stipulatus fuero 120. ff. eod. l. cum ad præsens 37. ff. de reb. cred.* sicut igitur qui in utero est, quo ad ejus commodum & favorem pro jam nato habetur *l. qui in utero 7. ff. de stat. hom.* ita favore libertatis, qui non nascitur, numquam in utero fuisse intelligitur; ut indicant verba illa in fine legis: *quod magis arbitror probandum.*

20 Concludamus igitur. Si ne favore quidem legatæ libertatis trahitur retro conditio: multo minus aliorum legatorum favore. Imò nec manifesta æquitas id efficit, ut retro trahatur conditio adjecta legatis. Nam edictum Prætoris de collatione bonorum manifestam habet æquitatem, ut ait Ulpianus in *l. 1. in princ. ff. de collat. bon.* & tamen in ea non retrotrahitur conditio legati, sed tantummodo stipulationis *l. 2. §. id quoque 3. ff. eod.*

21 Superest, ut examinemus fundamenta contrariæ decisionis. Primùm autem statuit hoc: Rotam in diversitate opinionum, non tam moveri numero Doctorum, quàm rationibus. Rectè quidem, si id semper observaret. Rationes autem duas affert. Prima est, ne sit in potestate heredis eludere legatarios. Bella sane ratio, nisi huic jam olim obviam ivisset Prætor edicto suo, quo providentissimè consuluit legatariorum securitati, ut paulo ante demonstratum est. Provisum etiam ab Antonino Imperatore, ut refert Ulpianus *in l. 5. §. Imperator & §. seqq. ff. ut in possess. legat.* Provisum à Justiniano in *l. 1. c. com. de legat.* & in duabus LL. *seqq.* ubi multa singularia statuit favore legatorum dando legatariis tacitam hypothecam in omnibus bonis testatoris, & tres actiones, personalem, rei vindicationem, & hypothecariam, adeo ut nullus fere alius sit in jure novo creditor, cui magis fuerit à lege prospectum. Quamobrem leges calumniatur, qui hoc ait: in potestate heredis esse legatarios eludere, si conditio non retrotrahatur.

22 Altera ratio ducitur à Justiniani constitutione in *l. 1. c. comm. de legat.* ubi Imperator legatariis tres illas actiones concedit, ut omnibus modis voluntati testatoris satisfiat. Hæc autem provisio testatoris impleri non potest, nisi per nativitatem hypothecæ de tempore testamenti, ut inde oriatur actio. Hoc sane novum est & inauditum, conditionem retrotrahi ad tempus testamenti, & eo tempore nasci obligationem, & actionem. Quod conditio trahatur retro ad tempus aditæ hereditatis, vel mortis testatoris, & tum temporis nascatur obligatio; id quidem absonum est naturæ legati legumque præceptis: quod retrotrahatur ad tempus conditi testamenti, & inde nascatur obligatio, id verò est absurdissimum.

Sed verba legis expendamus. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa reliquit, ut omnimodo personæ ab eo honoratæ ea percipiant, apparet ex ejus voluntate etiam præfatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati ejus satisfiat. Quid hæc ad retrotrahendam conditionem? verba, omnimodo, omnimodis, omnibus modis, idem cuncta significant. Testator vult *omnimodo* legata relicta percipi à legatariis. Justinianus vult *omnibus modis* satisfieri voluntati testatoris. Ergo Justinianus nihil amplius vult, quàm ipse testator: & verba illa *omnibus modis* nihil addunt voluntati testastoris. Fortiùs, quia Imperator movetur ad concedendam hanc hypothecam, tum exemplo aliarum constitutionum, quibus inducta est tacita hypotheca in aliis causis; tum exemplo testatorum, quibus jure permittebatur, quibus voluissent in testamentis hypothecam dare. Ibi: *in versic. cum enim*. In legibus, quæ cuiquam tribuunt tacitam hypothecam in aliis causis, nihil quicquam tale: concedunt illæ tacitam hypothecam, aut simplicem, aut cum prælatione: prælatio autem numquam data intelligitur, nisi fuerit in lege nominatim expressa.

23 Testatoribus à jure, quod jam increbuerat, permissum erat, hypothecam in testamento dare, sed quòd possent contra leges, contra naturam legati mandare, ut conditio, quam adjecerant, retrotraheretur, nusquam sane concessum *l. nemo potest, ff. de leg.* 1. Imò rarò occurrunt exempla pignoris in testamento constitui, nec constitui in omnibus bonis, sed tantùm in uno, vel pluribus fundis, ex quibus alimenta legata perciperet legatarius, ut in *l. Lucius Titius* 22. *ff. de alim. legat.* in *l. fundus* 9. *ff. de ann. legat.* Itaque licet testatoribus hæc facultas duorum Imperatorum rescriptis esset data *l. non est mirum* 26. *ff. de pign. act.* tamen ea facultate rarò admodum utebantur, existimantes, satis cautum fuisse legatariis Prætoris edicto. Justinianus autem, cum testatores rarò sibi suisque legatariis hac ratione caverent, concessit omnibus legatariis hypothecam in omnibus bonis hereditariis, ut omnimodo, vel omnibus modis ipsorum securitati provideret. Sed de retrotrahenda conditione ne quidem cogitavit. Hoc enim cum sit contra regulas juris, omnino abeo fuerat exprimendum: & cum non fuerit expressum, veteribus regulis relictum intelligitur *l. præcipimus* 32. *in fine c. de appellat.* quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? *l. Sancimus* 27. *in princ. c. de testam.* Maximè quia Imperator hanc constitutionem accuratè exquisiteque scripsit, eamque conformem aliis legibus esse diligenter ostendit. Notandum est etiam, quod tres illas actiones conjungit, & de omnibus simul collectis idem disponit. Numquid ergo rei vindicatio retrotrahetur ad tempus testamenti: quo tempore certum est, quod rei legatæ dominus est ipse testator. Erunt igitur ejusdem rei duo domini in solidum, quod est penitus absurdum *l. si ut certo* 5. §. *ult. ff. commod.* sed rem conficiunt ultima legis verba: *in tantum hypothecariâ unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversùs eum competit*: sed personalis actio competit adversùs heredem à die existentis conditionis *l. si post diem* 5. §. *sed si sub conditione* 1. *ff. quand d. leg. ced.* ergo & hypothecaria.

Sed instat acriter *Fusar. de substit. quæst.* 612. *& consil.* 52. exaggerando vim illorum verborum, *omnibus modis*, quæ omnem casum comprehendunt. Ad hoc supra responsum est. Nunc addo, verba, *omnimodo* vel *omnibus modis* non referri ad retrotrahendam conditionem, sed ad modos, quibus aut testator sibi cavere solebat, de quo supra dixerat, aut lex legatariis consulere. *Omnibus modis*: hoc est, sive testator ipse obligaverit bona sua legatariis; sive non obligaverit: ut innuit in verbis antecedentibus, & traditum est in *l. fundus* 9. *ff. de ann. legat.* ubi pignus prætorium concurrit cum pignore à testatore constituto. Hi duo casus sufficerent ad rectam eorum verborum interpretationem, ut constat ex *l. rem legatam* 18. *ff. de adim. legat. l. si mater* 33. §. *ult. ff. de vulg. l. plane* 38. *in fin. ff. de petit. hered. l. si quis* 29. *ff. de fideic. libert. l. mancipia* 8. *ff. qui* 24

sine man. ad lib. l. 3. §. 1. *vers. quia in locato ff. naut. caup. l. ex ea* 29. *in fin. qui testam. fac. pos.* Sed in hac lege plures alii casus possunt iis verbis comprehendi : sive heres satis dederit, sive non : sive missus fuerit in possessionem, sive non : sive legatum fuerit ab herede, sive à legatario. Enim vero si verba illa extendi ad omnem securitatem debent, consequens est, eos in hac actione creditoribus omnibus esse præferendos, cum tamen nè chirographariis quidem præferantur, vel in ipso militis testamento. *l.* 1. §. *denique ff. ad S C. Trebell.* Justinianus in hac lege non distinguit legatarios conditionales à puris : omnibus idem jus tribuit simplicis hypothecæ sine ulla prælatione, ut certiùs satisfiat voluntati testatoris. Testator minus dilexit legatarios conditionales, quàm puros : neque enim eos voluit omnimodo, & absolutè consequi legatum : id si voluisset, non adjecisset conditionem ; nec in incertum contulisset : adjecta conditione voluit legatum moderari secundumnaturam conditionis adjectæ : hoc est, non deberi, si deficiat : deberi, si existat, sed à die existentis conditionis, ut fert ejus natura. Hæc est voluntas testatoris, quam omnimodo voluit impleri Justinianus.

Sed urget iterum Fusarius : retrotrahitur conditio quoad vindicationem *l. fin.* §. *fin autem sub conditione c. com. de legat.* Datur vindicatio, ergo & hypothecaria. Falsa omnia. Non retrotrahitur conditio : sed Imperator, cum permiserit alienationem propter incertum conditionis, statuit existente conditione, irritam esse alienationem ab initio, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata. Ipse fatetur *vers.* 7. non retrotrahi conditionem : sed irritari venditionem ; irritata autem venditione per eventum conditionis, tunc nascitur vindicatio, & hypothecaria, non autem à die mortis ; nam si legatarius fuisset dominus rei tempore mortis, & ab eo tempore habuisset rei vindicationem, non comprobasset venditionem rei legatæ Imperator, sicut paulo ante improbaverat venditionem rei purè vel in diem certum legatæ, ea ratione, quia quod alienum est, non licet alieno juri applicare : & quod in bonis purè non possidet, in alium transferre.

CAPUT X.

Ad L. 3. ff. de reb. credit.

SUMMARIUM.

1 *Duæ in mutuo quæstiones præcipuæ.*
2 *Pecunia nonnunquam ut corpus, plerumque ut quantitas consideratur & n.* 3.
3 *Corpora à pecunia numerata distinguuntur, imò sæpenumero opponuntur.*
4 *Pecunia in mutuo consideratur, ut quantitas & æstimatio & n.* 6 *&* 11.
5 *Mutuum pecuniæ in quo differat à mutuo specierum.*
7 *Alia moneta pro alia reddi potest, nisi damnum passurus sit creditor. & n.* 17. *per tot*
8 *Liberatur debitor solvens æstimationem ejus, quod debet.*
9 *Ideo debitor pecuniæ in genere, ut mutuatarius, liberatur solvendo æstimationem.*
10 *Pondere auri vel argenti legato non materia, sed æstimatio legata est. Contra si certa species designata sit.*
11 *Numeratio non designat, quæ monetæ species in obligatione deducatur. Exempla afferuntur & n.* 12 13 14.
12 *Tributa in ære vel argento indicta poterant solvi in pecunia ejusdem æstimationis, & n.* 13.
14 *Exponitur l quæ extrinsecus* 65. §. 1. *ff. de verb. obl & n.* 15. 16.
17 *Creditor in aliam formam nummos accipere cogitur, si nullum ex ea re damnum sentiat.*
18 *Quod sub conditione affirmatur, sub contraria negatur. Demonstratur vis argumenti à contrario.*
19 *Refellitur Larrea dec. Granat.* 21. *& n.* 22 23.
20 *Reprobatur Amaya in tit c. de collat ep. lib.* 10.
21 *Explicatur L.* 2. *C. de cond. insert. & n* 22. 23.
24 *Explicatur regula* : aliud pro alio solvi non potest.
25 *Item regula, quod in mutuo restituenda est res ejusdem generis, ac bonitatis.*
26 *Pecunia in mutuo non consideratur ut corpus.*
27 *Quod moneta proba reddenda sit in mutuo, non efficit, ut alia reddi non possit.*

IN mutuo æque bonum reddi debet, sive id à contrahentibus exprimatur, sive non exprimatur, *l.* 3. *ff. de reb. cred.* & tantumdem *l. prout quidque* 80. *ff. de solution.* Hinc 1 duæ existunt perobscuræ quæstiones : ambæ circa pecuniam numeratam. Prima est, an

in alia monera reddi possit, quod acceptum est, dummodo sit ejusdem æstimationis, & tantumdem valeat. Altera est, an debeat reddi tantumdem corporis, an vero tantumdem æstimationis, si creverit, aut decreverit valor monetæ. In prima disceptatur, an pro aureis, quos mutuos accepi, reddere possim denarios, an contra pro denariis aureos. In secunda, an acceptis centum aureis, totidem reddere debeam, etiam si creverit eorum æstimatio.

Antequam in disceptationem ingrediamur, operæ pretium est præmittere id, quod lumen præpandit utriusque quæstionis explicationi. Est autem id, quod pecunia numerata duobus modis in jure nostro consideratur. Aliquando, & hoc quidem raro, consideratur ut corpus, ut materia, non aliter ac reliqua corpora. Plerumque vero, imo fere semper consideratur ut quantitas, & ratione æstimationis, non autem corporis in obligationem deducitur. Hujusmodi differentia in *l. si is cui* 94 *§. 1. ff. de solut.* Ibi: *sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.* Ratione corporis in obligationem nummi deducuntur in deposito, cum ex ipsa depositi natura asservandi sint, & custodiendi, eademque corpora à depositario restituenda *l. 1. §. is quoque ff. de oblig. & act.* adeoque si deponatur tamquam quantitas, ut tantumdem, non idem corpus restituatur, egreditur ea res depositi notissimos terminos, ut ait Paulus in *l. Lucius* 24. *ff. depositi.* Secundo si pecunia numerata certo loco circumscripta, aut conclusa veniat in obligationem, ut si legaverit aliquis *centum quæ in arca habeo*: *l. plane* 34. *§. Sed hoc ita* 4. *ff. de leg.* 1. vel stipuletur *hanc summam centum aureorum. l. si ita stipulatus* 120. *ff. de V. O.* Tertio si pompæ vel ostentationis causa vel tamquam merces aliqua deducatur in obligationem; ut de commodato pecuniæ respondit Ulpianus in *l. 3. in fin.* & Caïus *in l. 4. ff. commod.* & de usufructu veterum numismatum Pomponius in *l. numismatum* 28. *ff. de usufr.* His casibus nec tantumdem reddi potest; nec alia species monetæ: Sed illud ipsum pecuniæ corpus, quod accepimus, restituere tenemur.

Cæterum in omnibus aliis obligationibus pecunia numerata fungitur vice æstimationis, 5
ac pretii: nec in ea consideratur corpus, sed valor, & publica æstimatio. Idcirco in jure nostro distinguuntur corpora à pecunia numerata: imo sæpenumero inter se opponuntur *l. plane* 34. *§. Sed si non corpus ff. de legat.* 1. *l. quisquis* 55. *ff. de leg.* 3. *l. si is cui* 94. *§. 1. ff. de solut. l. sed etsi* 10. *ff. de accepti. l. si pœna* 19. *§ si falso l. qui heredis* 46. *ff. de condict. indeb.* Quemadmodum in tessera frumentaria non corpus ligni, vel plumbi, quo constat, spectamus: sed quantitatem frumenti, quod per eam exigi potest *l. Titia* 87. *ff. de leg.* 2. Item in chirographo nulla ratio habetur tabulæ vel chartæ, in qua perscriptum est nomen debitoris, sed ipsius nominis, & obligationis, & actionis, quæ ex eo nascitur *l. qui chirographum* 59. *ff. de leg.* 3. *l. servum* 44. *§. eum qui ff. de leg.* 1. *l.* 3. *§.* 1. *ff. de liberat. leg. l. mortis causa* 18. *§. Titio ff. de mort. caus. donat. l.* 2. *§* 1. *ff. de pact.* Eleganter ad rem nostram Paulus in *l.* 1. *in princ. ff. de contrah. empt. Electa materia est, cujus publica, ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret: eaque materia forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate: nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.* Scitè, Aristot. *lib.* 5. *de morib. cap.* 8. καὶ διὰ τοῦτο τοὔνομα ἔχει νόμισμα, ὅτι οὐ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ ἐστὶ, καὶ ἐφ' ἡμῖν μεταβαλεῖν καὶ ποιῆσαι ἄχρηστον. *Atque ob id numisma græce dicitur, quod non natura, sed lege valet, & in nostra potestate ipsum tum mutare, tum inutile reddere,* Νόμος enim græcè *lex.* Inde dictum *numum* nonnulli arbitrantur: Sed Varro *lib.* 4. *de ling. lat.* nos docet à Siculo verbo νόμμον latinos ita appellasse. Quid si Siculi nummum à numismate dixerint? Subdit Aristoteles, quod numisma redigit ad æqualitatem res omnes, atque omnes metitur, omnes etiam dispares, ac dissimiles exæquat; & id ipsum quod Paulus inculcat, nummos æqualitate difficultatibus permutationum subvenire, in quibus vix

justitia servari potest, nisi pecuniæ æstimatione ad æqualitatem redigantur.

4 In mutuo igitur sicut in aliis fere omnibus contractibus pecunia intervenit non tam quam corpus, sed tamquam quantitas ratione valoris & æstimationis. Argumento est, quod non illa ipsa pecunia, quæ data est, reddi debet, quemadmodum solvi deberet, si tamquam corpus in obligationem deducta fuisset *l. sed si certos* 51. *ff. de legat.* 1. Item quod perit periculo debitoris. §. 2. *instit. tit. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. §. *& ille ff. de obl. & act.* periret autem periculo creditoris, si tamquam corpus veniret in obligationem *l. si certos* 37. *ff. de V. O.* At inquies: etiam aliæ res, frumentum, vinum, oleum deducuntur in mutuum ratione quantitatis, non corporis: cum mutuum consistat solummodo in his rebus: quæ numero, pondere, mensurave constant, hoc est, in quantitate: hæ enim solæ functionem recipiunt, non vero corpora *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred. l.* 1. §. *re* 2. *ff. de obl. & act.* Ita sane.

5 Verum hoc interest inter pecuniam numeratam, aliasque res, quæ functionem in genere suo recipiunt, frumentum, vinum, oleum, quod hæ in mutuum deducuntur ratione quantitatis, non vero ratione æstimationis: quod enim plus, minusve valeant, nihil ad mutuum: solummodo numerus, pondus, mensura consideratur, spectaturque, quis numerus modiorum amphorarum, metretarum, quod pondus laridi, carnis, & aliarum ejusmodi rerum, quæ mutuæ dantur. Contra pecunia nummique ratione non solum quantitatis, sed maxime æstimationis in mutuum deducuntur. Quantitas enim in pecunia est ipsamet æstimatio. Hac enim de causa fuit inventa, ut res omnes per eam æstimarentur, & ad æqualitatem reducerentur, ut probavimus Pauli nostri, & Aristotelis auctoritate. Pecuniæ constans est, & certa semper æstimatio, utpote quæ à lege definitur. Aliarum rerum incerta est & semper varia, ut pote quæ pro caritate, aut vilitate annonæ modo pluris, modo minoris æstimantur. Æstimantur autem non invicem, sed solummodo pecunià. Neque enim frumentum vino, aut vinum oleo æstimatur: nec æstimari potest, nisi utriusque pretium ad certam pecuniæ summam reducatur, atque ita ad æqualitatem redigatur. Quocirca pecunia est rerum æstimatio, & quidem certa & immutabilis, neque arbitrio, aut affectione contrahentium augeri, minuique potest: ac nulla res præter ipsam est alterius æstimatio. Consequens 6
igitur est, solam pecuniam numeratam ratione suæ æstimationis mutuam dari. Atque hoc indicat Paulus in laudata *l.* 1. cum ait ipsam usum, dominiumque non tam ex substantia præbere, quam ex quantitate: eamque non tamquam mercem in contractum deduci, sed tamquam pretium.

Jactis hisce fundamentis, quæ nullius 7
auctoritate convelli possunt, utriusque quæstionis controversia mihi videtur esse sublata: Quantum ad primam attinet, certissimum puto, aliam pro alia monetam, nummos æreos pro argenteis, argenteos pro aureis, & vicissim unos pro alteris reddi posse, nisi ex ea re damnum passurus sit creditor. Ut puta si aliquod fuerit intertrimentum pecuniæ, veluti collybus, vel si eam alio transportare destinaverit, ubi minoris æstimatur: vel sine incommodo, aut dispendio nequeat eo transferri, *l.* 4. §. *melior ult. ff. de addict. in diem.* Quomodocumque damnum patiatur, non tenetur creditor in aliam formam nummos accipere *l. debitorem* 99. *ff. de solut.* Hoc tamen damnum æstimari debet ex detrimento rei familiaris, non ex affectione creditoris, ut fieri solet in jure nostro *l.* 3. *ff. de damn. infect. l. pretia rerum* 63. *in princ. ff. ad l. Falcid.*

His probatis, & animadversis, conse- 8
quens est, liberari debitorem, qui in aliam formam nummos reddit creditori. Nam ex probatis, qui debitor est pecuniæ numeratæ, & solvit eamdem æstimationem in pecunia numerata, solvit id quod debet, cum non sit debitor corporis, sed æstimationis nummorum. Atqui debitor, qui solvit id, quod debet, liberatur ab obligatione *princ. tit. instit. quib. mod. toll. oblig. l. si pupillus* 21. *ff. ad leg. Falcid. l. in numerat.* 44. *ff. de solut.*

Quod

Quod autem debitor, solvendo eamdem æstimationem, solvat id, quod debet, præter ea, quæ paulo antè sunt demonstrata, probatur etiam ex *l. Titia amica.* 35. *ff. de aur. & arg. leg.* Ibi: *Paulus respondit, aut aurum ei, de quo quæritur, præstari oportere, aut pretium auri, quanti comparari potest. l. 1. in fin ff. de aur. & arg. leg. cui certum pondus argenti dare heres jussus sit, pecuniam numeratam dando ipso jure liberatur, si in ea pecunia eadem æstimatio sit.* & in *l. cum aurum.* 19. § 1. *ff. eod.* Ibi: *non materiam, sed pretium præstare debet*, & in *l. si quis argentum.* 35. *in princ. C. de donat.* Ibi: *sive in ipsa æstimatione, quæ pro massa rudi in illis locis frequentata est.* In his omnibus observandum est, quod non solum pro auro, & argento præstatur pretium & æstimatio, eaque præstita debitor ipso jure liberatur,
29 sed etiam quod non præscribitur debitori, utp ro auro legato præstet pecuniam auream, pro argento argenteam: cum enim liberetur præstando æstimationem & pretium, in quacumque specie pecuniæ id solvere potest, dum æstimatio pecuniæ, quam solvit, eadem sit, quæ auri, & argenti. *d. l. 1. in fin.* Ex quibus ita concludi potest. Si ille, qui debitor est massæ rudis argenti vel auri, solvendo ejus æstimationem in quacumque pecunia, solvit id quod debet, & ipso jure liberatur, multo magis liberabitur ille, qui pecuniam debet, eamque in genere, ut mutuatarius. *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Qui debet aurum vel argentum rude non signatum, potest solvere argentum signatum vel aurum, ergo multo magis, qui debet aurum, vel argentum signatum. Accedit, quod legato auro vel argento, quidquid auri argentique relictum sit, legato continetur, sive factum, sive infectum, non autem pecunia signata. *l. cum aurum.* 19. *in princ. ff. de aur. & arg. leg.* Ergo pecunia signata, pro auro, & argento facto infectove non habetur: & tamen pro eo rectè solvitur. Multo magis igitur pecunia signata, pro pecunia signata rectè solvetur.

Neque reponas, quod pro auro vel argento pecunia rectè solvitur, si non sit ejus species designata. *l. cum certum.* 9. *ff. eod.* in mutuo autem semper species designatur facto ipso, si non verbis: nam ex ipsa numeratione pecuniæ, quæ in mutuo interveniat necesse est, constat, quæ species pecuniæ in obligationem deducta sit. Etenim ipsa legis verba nobis suggerunt, quod re geramus: ibi: *non materia, sed pretium*: Cùm certum 10
auri, vel argenti pondus legatur, non materia, sed pretium & æstimatio legati videtur. *d. l. 8. l. 1. in fin. ff. eod.* Contra cum certa species designatur, materia non pretium legatum est. *d. l. 1. & l. 9.* Cùm enim legatur certa species auri vel argenti, corpus ipsum auri argentique, quod designatum est, legato continetur. Quoties autem in obligationem deducitur certum aliquod corpus, illud ipsum præstari debet, etiam si fuerit pecunia numerata, ut antè demonstratum est Fac legatum fuisse argentum factum, ut in. *l. cum certum.* 19. alias *l.* 20. *§. argento facto*, vel vasa argentea, ut in. *§. sed cui vasa*: vel argentum escarium, ut in. *§. si cui escarium.* vel argentum potorium, ut in. *l. in argento.* 21. *in princ. ff. eod.* vel argentum viatorium, vel balneare, ut in *l. ult. in princ.* & in *§. 1. ff. eod.* Cùm legato contineatur solummodo ea species argenti, quod testator habebat, cum testamentum faciebat. *l. cum certum.* 19. *in princ.* & *l. ult. in princ. ff. eod.* utique legatum videtur certum illud corpus argenti, quod testator designavit, quemadmodum cum legat pecuniam, quam in arca habet. *l. si servus.* 108. *§. qui quinque.* 10. *l. Sed si certos.* 51. *l. plane.* 34. *§. sed hoc ita.* 4. *ff. de leg.* 1. & ideo inutile est legatum, si desit certum illud corpus, quod testator designavit. *l. 1. §. sed* 11
etsi dotem ff. de dote præleg. In mutuo autem pecunia numerata non ratione corporis, sed quantitatis intervenit, ut supra probatum est: neque numeratio designat, aut demonstrat certum corpus, ac speciem, ita ut ad eam ipsam restituendam mutuatarius obligetur: imò contra ex natura mutui non potest obligari ad restituendum id ipsum, quod accepit: non enim mutuum contraheret, sed depositum vel commodatum. *l. 2. in princ. ff. de reb. cred.*

12 Progediamur ultra: Controversiam dirimit Seneca, *lib. 6. de benefic. cap. 5. Nam & pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos.* Nihil clarius, atque id legibus nostris est consentaneum. Plin. *lib. 33. cap. 3. sed prater alia equidem miror populum Romanum victis gentibus in tributo semper argentum imperasse, non aurum. Excipe Cyprum & paucas alias, quibus tributum in are imperatum.* Licèt autem in ære, vel argento indiceretur, tamen pro ære, vel argento aureos ejusdem æstimationis solvere poterant. *l. un. C. de collat. ar. l. un. C. de argent. pretio* quæ non ideo latæ sunt ab Imperatoribus, ut provincialibus permitterent, quod ipsis antea id minimè liceret: sed ut statuerent, quanta auri summa pro ære, vel argento indicto solvenda esset: ut constat tum ex utraque rubrica *de colatione aris*, & *de argenti pretio*; tum ex utraque lege, si accuratè perpendantur. Nam & antea in aliam formam solutio fieri poterat: ideoque Neronis acerbitas objurgatur, quod nummum asperum, argentum pustulatum, aurum obryzum exegerit, ut in ejus vita refert Sueton. *cap. 44.* non tamen ait, quod pro nummis aureis argenteos, aut pro argenteis aureos accipere recusaverit, sed monetam recentem, non usu detritam, aut commixtam aliis metallis solvi voluit: nihilominus tamen plerique omnem collationem palam recusarunt. Liv. *lib. 38. in edit. Pa-*
13 *ris. 1682. De pecunia summa quam penderent, pensionibusque ejus, nihil ex eo, quòd cum Cos. convenerat, mutatum. Pro argento si aurum dare mallent, darent, convenit: dum pro argenteis decem, aureus unus valeret.* Non erat hìc aureus Romanus, qui pro viginti quinque denariis valebat: sed aureus Ætolorum seu Atticorum. Hujusmodi igitur solutio commoda erat Ætolis, qui propriam suæ regionis monetam solvebant: incommoda Romanis, qui alienam accipiebant: ac propterea id pacto cavere oportuit. Stipendia quoque militaria licèt in argento, aurove constituerentur, tamen in ære solvebantur, ut probat doctissimus Gronovius *de pecun. vet. lib. 3, cap. 2. in fine.*

Senecæ dictum confirmat Florentinus in 14
l. qua extrinsecus. 65. §. 1. ff. de V. O. Verba Florentini sunt: *sed etsi in rei, qua promittitur, aut persona appellatione varietur, non obesse placet: nam stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondendo obligaberis: & servo stipulanti Lucio domino suo, si Titio, qui idem sit, daturum te spondeas, obligaberis.* Multa in hac lege sunt observanda. Primum, quòd qui pro denariis promittit aureos, non rem ipsam variat, sed solùm rei appellationem, quemadmodùm si de persona Lucii Titii tractantes, alter Lucium nominet, alter Titium, non variatur persona, sed appellatio. Ergo & qui solvit aureos pro denariis, non aliud solvit, sed id ipsum quod debet; nulla enim varietas est in ipsa re, aut differentia: quemadmodum rectè solveret, qui cùm esset debitor Lucii, solveret Titio, qui idem sit ac Lucius: licet alteri, quam creditori non rectè solvatur. *l. si duo rei 128. ff. de. V. O. l. si verò. 8. cum seq. ff. de constit. pecun.* est enim eadem persona licèt nomen sit variatum: non aliter ac si interroganti latinè, tu græcè respondeas. *§. 1. instit. tit. de V. O.* verbis enim discrepans est, sententiâ congruens 15
responsio.

Secundò, quòd licèt Florentinus agat de stipulatione, tamen ratio, qua movetur, generalis est, & mutuo æque convenit, ac propterea id etiam de mutuo dictum existimare debemus. *l. illud quasitum. 32. ff. ad l. Aquil.* Hac enim in re simillimum est mutuum stipulationi contrahendæ: ut contrahatur stipulatio, debet promissor respondere se daturum, facturumve id, quod est interrogatus. *l. stipulationum. 5. §. stipulatio. ff. de V. O.* ut mutuum rectè contrahatur, debet mutuatarius obligari ad restituendum id, quod accepit. *l. 2. princ. & in §. 1. in fin. ff. de reb. cred.* Si congruit interrogationi responsio, cum interrogatus de denariis spondet aureos, utique congruit etiam traditioni restitutio, cum ei, qui denarios tradidit, aurei restituuntur. Imò multo restrictiùs à lege præfinitur convenientia interrogationis, & responsionis in contrahenda stipu-

latione, quam traditionis, ac restitutionis in mutuo; quoniam si responsio adjiciat aliquid vel detrahat interrogationi, nulla contrahitur obligatio. *l.* 1. §. *si quis simpliciter cum seq. ff. de V. O.* §. *praeterea instit. tit. de inut. stipul. l. inter.* 83. §. *si stipulante* 2. *ff. de V. O.* contra in mutuo ejus restitutioni locus adjici potest. *l. ant mutua.* 6. *ff. de eo quod cert. loc.* dies, *l. vinum.* 22. *vers. si dictum esset, & l. certi condictio.* 9. *ff. de reb. cred.* qui etiam non adjectus tacitè inest. *l.* 2. §. *re contrahitur*: Ibi, *posteà recepturi. ff. de obl. & act.* & alia hujus generis. Rursus si quis stipuletur aliquam speciem, non potest promissor de alia respondere, & aliam diversam promittere: multo minus stipulanti vinum vetus poterit promittere vinum novum; neque enim responsio contineret id ipsum, quod interrogatio. *d. l.* 5. §. *stipulatio ff. de V. O.* Contra in mutuo non sumus recepturi eandem speciem, quam dedimus. *l.* 2. *in princ. ff. de reb. cred* nec aliud pro alio solvere videtur, qui aliam speciem solvit. *d. l.* 2. §. 1. & quod possit mutuatarius pacisci, se redditurum vinum novum, licèt vetus acceperit: & qui accepit triticum Africanum, possit ex conventione Gallicum reddere, non est dubitandum: quia licèt mutuatarius si nihil cautum fuerit, id egisse intelligatur, se redditurum æque bonum. *l. cum quid* 3. *ff. de reb. cred.* tamen si contrarium cautum fuerit, id servandum erit: neque enim confugere debemus ad præsumptam ac tacitam voluntatem, cum habemus expressam *l. ille, aut ille.* 25. §. 1. *ff. de leg.* 3. Quinimo mutuum valere puto, si ea lege vinum detur, ut acetum reddatur, scilicèt vinum, quod acuit, non autem embamma; quia eadem prope substantia est. *l. in venditionibus.* 9. §. *ult ff. de contrah. empt.* Largiùs igitur æstimamus conjugationem & congruentiam restitutionis in mutuo, quàm responsionis in stipulatione.

16 Tertiò, quod quamvis J C. proponat exemplum ejus, qui promittit aureos pro denariis; tamen idem dicendum, si quis stipulanti aureos, promittat ejusdem quantitatis denarios: eadem enim est omnino ratio; quia & hîc appellatio, non res variatur. Ideo autem stipulantem denarios proponit, quia in contrahendo, & rationibus conficiendis Romani pecuniæ summam aut nummis sestertiis, aut denariis exprimere solebant, ut in *l. Publia.* 26. §. 1. *ff. depos.* in *l. lecta* 40. *ff. de reb. cred.* in *l. ult. ff. de instit. act. l. planè.* 21. *ff. de condict. Indeb.* Quod & in tributo indicendo usurpasse Romanos miratur Plinius, ut paulo ante indicavimus. In pœnis infligendis aureos imperitare solebant, ut in *l. penult. ff. de in jus voc.* in. *l.* 2. *ff. in jus voc. ut eant* in *l. lege* 15. *ff. de S. C. Syllan.* in *l. un. C. ad leg. Jul. de ambitu.* Ita & Hadrianus Imperator servos jussit aureos viginti domino solvere, si vellent retinere libertatem, quam ex falsis codicillis acceperant, vel ex testamento, quod inofficiosum postea pronuntiatur. *l. pen. in fin. ff. de jur. patron. l.* 2. *C. de fideicomm. libert. l. cum ex falsis.* 47. *ff. de manum. testam. l. si autem.* 9. *ff. de inoff. testam.* secus autem responsum est in *l. si mulier ff. de minor.* quia ibi libertatem acceperant ex testamento valido.

His observatis, hujus legis auctoritate 17
reor omnem dirimi controversiam. Sed præsto est Paulus, qui rem minimè dubiam facit apertissimam in *l. creditorem.* 99. *ff. de solution.* aliàs *l. debitorem. Creditorem*, inquit Paulus, *non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex eâ re damnum aliquod passurus sit.* Ergo si nullum damnum passurus sit, cogendus est in aliam formam nummos accipere: atque hoc est, quod defendimus. Est hoc fortissimum argumen- 18
tum teste Papiniano, cujus auctoritatem minutis quibusdam Doctoribus, eorumque cavillationibus longè antepono. Ait hic in *l. l. in princ. vers. hujus rei ff. de offic. ejus cui mand. est jurisd. Hujus rei fortissimum argumentum, quod lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is, cui obtigerit exercitio, possit eam si proficiscatur, mandare: non aliter itaque mandare poterit, quàm si abesse cœperit.* Hoc fortissimo argumento Jurisconsultorum Princeps Papinianus, hoc eodem & nos ni-

timur. Argumentum ratio ipsa confirmat. Qui affirmat aliquid sub conditione, idipsum tacitè negat deficiente conditione. Qui legat, aut promittit aliquid : *si navis ex Asia venerit* : nihil omnino legat, nihil promittit navi ex Asia non veniente. In verbis ipsis tacitè inest contraria conditio ex perspicua voluntate proferentis. Labeo & Javolenus in *l. quibus diebus.* 40. §. *quidam ff. de cond. demonst.* Ibi : *quia nihil intersit, utrum ita scribatur : quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato* : *an ita* ; *nisi mater mea moritur, ne dato. Utrobique enim sub conditione vel datum, vel ademptum esse legatum.* Labeo & Javolenus in hac lege reprobant contrariam Ofilii sententiam. Quidni & ego reprobem sententiam eorum, qui acutis quibusdam cavillationibus vim hujus argumenti conantur eludere? In eadem sententia fuit Scævola in *l. aliquando.* 107. *vers. ex divers. ex diverso ff. eod.* Ibi : *quod sub conditione ademptum est, sub contraria conditione datum intelligitur.* Idem traditum à Juliano in *l. si legatum.* 10. *ff. de adim leg.* Ibi : *nam legatum cum sub conditione adimitur, perindè est ac si sub contraria conditione datum esset.* Idem in *l. si quis ita* 13. *in fin. ff. de statuliber.* Ibi : *namque ademptio libertatis vel legati sub conditione facta, incipit contrariam conditionem legato, vel libertati, qua prius data erat, inecisse.* Gajus in *l. si post mortem* 68. §. *si purè ff. de leg.* 1. *si purè legatus servus sub conditione liber esse jussus fuerit, sub contraria conditione valet legatum.* Multo longius progreditur Javolenus in *l pecuniam.* 56. *ff. de reb. cred si pecuniam, quam mihi purè debes, mea voluntate alteri sub conditione promiseris, in eo statu est obligatio, tamquam si eam mihi sub contraria conditione spoponderis.* In his legibus duo animadverto. Primùm, quod hæc regula sine exceptione servatur ab omnibus veteribus J C. ad interpretationem legum, contractuum, ultimarum voluntatum : ac ne favore quidem libertatis ab ea recedunt. Secundò, quod hæc contraria conditio non est innixa conjecturis, neque argumentis inducitur, sed ex ipsa scriptura, quæ hanc vim habet, & ex verbis testatoris, aut cujusvis alterius, qui eam suæ dispositioni injecit, ut ait Julianus in laudata *l. si quis ita.* 13. *ff. de statuliber, & hac conditione dedit, aut ademit perindè. ac si nominatim eam adjecisset d. l. quibus. diebus* 40. & *d. l. si legatum.* 10. Quocirca hîc non opus est, confugere ad argumentum à contrario sensu, ut plerique omnes faciunt. Quoniam ea est natura, ea vis conditionis, ut excludat omnes alios casus præter eum, qui ponitur in conditione, eâque deficiente nihil actum, aut dictum esse videatur. Nam conditio in casum differt, ac suspendit obligationem §. *sub conditione inst. tit. de V. O.* eoque casu non existente perimitur obligatio, & perit actus. §. *conditiones instit. eod. l. conditio.* 100. *ff. de V. O. l.* 3. §. *si tamen.* 13. *ff. de bon. libert.*

Superiora argumenta multò fusius exposui, ac dilatavi, quàm status controversiæ postularet, quia docti quidam viri legum verba cavillantur, ut se ab his laqueis expediant. Joan. Baptista Larrea, vir apprimè doctus, *Decis. Granat. disp.* 21. *n.* 11. auctoritate Pauli in laudata *l. creditorem* 99. *ff. de solut.* probat contrariam sententiam, & affert ipsa legis verba : *non esse compellendum creditorem, in aliam formam pecuniam accipere* : prætermittit autem verba subsequentia : *Si ex ea re damnum aliquid passurus sit.* An non hoc est cavillari? sanè hanc cavillationem diceret Ulpianus secundum *l. natura* 177. *ff. de V. S.* Ad hunc modum posset Davidis auctoritate probari non esse Deum. Ait ille : *dixit insipiens in corde suo* : *non est Deus.* Expunge prima illa verba : *dixit insipiens in corde suo.* Superest, *non est Deus.* Ergone David docuit, non esse Deum? Apage ista. Horret animus. Sed nolim hoc vitio vertere tam docto viro : fuderit hæc incuria typographi : Nec allata legis verba sunt descripta fideliter : sit & hic error typographi, non repugno. Attamen idem Auctor ineptam ac propè falsam decisionem affingit Paulo, supponens convenisse, ut eadem species monetæ redderetur. Quorsum requireret damnum in creditore Paulus, si ex sua conventione debitor teneretur ad solvendum

nummos ejusdem formæ? Addit, quòd argumentum à contrario sensu locum non habet, quando illud, ex quo desumitur, augmentativè ducitur, ut probant DD. per text. *in l. conventicula C. de cond. insert.* Hæc lex nusquam exstat in *tit. C. de condit. insertis.* Sed in tit. *de Ep sc. & Cleric.* eaque nihil ad rem nostram pertinet. Conventicula illicita etiam extra Ecclesiam in privatis ædibus celebrari prohibemus. Qui prohibet etiam extra Ecclesiam in privatis ædibus, multò magis prohibet in ipsa Ecclesia. Quocirca qui ita argumentum duceret: ergo in Ecclesia id permittit; contra legem argumentaretur, non à contrario sensu. In §. *novissimè inst. tit. de S. C. Orphit.* ait Justinianus: *Novissimè sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hæreditatem ex hoc S. C. admitti.* Satisne sanus est, aut sobrius, si quis ex hoc deducat, liberos legitimos non esse admittendos? Sed hæc, amabo te, quid ad rem? quid ad nostram legem? Non

20 multo feliciùs hunc nodum expedit Amaya, Larreæ assecla, ad *tit. C. de collat. ær. lib. 10. n. 30.* Ait enim argumentum à contrario sensu non valere, nisi fiat cum omnibus suis qualitatibus. Quamobrem hoc ad legem nostram attineat, me fateor non intelligere. Subdit cum gloss1, creditorem semper in damno esse, eo ipso, quod recusat accipere pecuniam in aliam formam per *text. in §. præterea 32. inst. tit. de action.* & in *l. cum 16. C. de solut.* quibus nihil à nostra controversia alienius. Glossa autem reprobatur à Bartolo, & doctis omnibus: quin imo ipsa recedit ab ea opinione, quam verbis legis intelligit adversari, & congruentem verbis & sententiæ legis amplectitur. Dii boni, quid est, si hoc non est cavillari, & leges miserè distorquere?

21 Antequam ultra progrediar, leviter in transitu attingam expositionem *l. 2. C. de cond. insert.* quam fortassè voluit allegare Larrea. Opponunt hanc ad unum omnes fere veteres interpretes, ad subvertendum argumentum à contrario sensu. Pater à filia hærede instituta legatum in diem Titio reliquerat, eique præceperat, ut Titio cautionem de solvendo legato præstaret, si à marito non divertisset. Filia à marito divertit. Recusabat præstare cautionem ducto argumento à contrario: Pater imposuit mihi onus cautionis, si non diverterem, ergo, si diverterem, non imposuit. Rectissimè argumentatur. Numquam enim fallax est argumentum, quod hoc modo ducitur, ut aïunt dialectici, contradictoriè. Ita ducitur à Pa- 22
piniano in *l. 1. ff. de off. ejus, cui mand. jurisd.* Lege Julia magistratus potest mandare merum imperium, si proficiscatur: ergo si non proficiscatur, non potest mandare. Haud aliter Ulpianus in *l. juris gentium 7. §. dolo malo ff. de pact. Dolo malo ait prætor pactum se non servaturum.* Quî dum? quia edicit, se servaturum pacta, quæ dolo malo facta non sunt: ergo ait, se non servaturum pacta dolo malo facta. *Ait prætor*, quia licèt id expressis verbis non dixerit, tamen inest, & continetur in eo, quod verbis expressit. Horum exemplo & nos ita ducimus argumentum. Creditor non est cogendus, si damnum passurus sit: ergo si passurus non sit, cogendus est. Sed ad hæredem filiam redeamus. Non poterat hoc argumento se cautionis oneri subducere, quia licèt hoc ei pater non imposuerit, imposuit tamen Prætor, qui hæredem debentem legata in diem, cavere jubet legatariis de præstandis adveniente die legatis *l. 5. §. si dies & toto tit. ff. ut legat. nom. cav.* Idcircò aïunt Imperatores in *d. l. 2. jurisdictionis originem perindè servari æquum est, ac si nihil super ea re scriptum fuisset.* Sed hæc non pertinent ad speciem propositam in laudata *l. 2.* si mulier divertisset, ŭtique disputari posset, an mulier cavere deberet: hoc est, an prævalere deberet præceptum Prætoris cavere jubentis, an vero tacita voluntas testatoris, quæ inest in conditione cautionis, quia hæc cautio à testatore potest remitti, quocumque judicio defuncti. Quamobrem si mulier divertisset, puto rectè uti potuisse argumento à contrario, & ab onere cautionis liberandam fuisse auctoritate Papiniani in *l. avia 77. in fin. ff. de condit. & dem.* & Marciani in *l. licet. 12. ff. ut legat. nom. caveat.* Sed mulier non di-

vertit, ideò uti non poterat argumento à contrario; quo, si divertisset, uti potuisset, & ab Imperatoribus exaudienda fuisset, ut modò dicebam. Quid igitur pro se allegabat? Hoc scilicèt meâ sententiâ: conditio divortii à lege remittitur, adeoque si mihi legatum fuisset, aut relicta hæreditas sub conditione, si divertissem, consecuta fuissem legatum, & hæreditatem, etiamsi non divertissem *l. sed neque* 8. §. 1. *ff. de usu & habit. l. reprehendenda C. de institut. & subst.* Ergo similiter remittenda mihi est cautio, cùm non diverterim, quemadmodùm volebat testator: quia etiam cautio remitti potest non solùm à lege, sed etiam à testatore *l. licet* 12. *ff. ut legat. nom. cav. l. avia* 77. *in fin. ff. de cond. & dem.* Remisisse autem cautionem in casu divortii videtur testator, qui eam jussit interponi, si non divertissem. Enim verò si hæc subtiliùs considerentur, suo argumento se ipsam mulier jugulabat. Nam si pater remisit ei cautionem in casu divortii, ergo non remisit, si non diverterit: non divertit autem: ergo ex ipsa patris voluntate cavere debet. Sed planiùs & explicatiùs respondent Imperatores; exemplum legati, vel hæreditatis, quod mulier allegat, huic rei comparandum non esse: *cùm absurdum sit, ideo perpetui edicti negligi formam, quia patris sui voluntati non obtemperatur.* Non negant Imperatores, testatorem voluisse filiam liberare ab onere cautionis, si divertisset: sed aïunt, quod, cùm non diverterit, & patris voluntati non obtemperaverit, ad cavendum tenetur & patris præcepto, & simul Prætoris edicto. Quamobrem etsi à præcepto patris absolveretur, tamen superest præceptum prætoris omnino servandum: quia absurdum est, negligi, & non servari Prætoris edictum, propterea quod mulier Patri non obtemperavit. Lex non cogit eam obtemperare præcepto divortii, quod est contra bonos mores, & periudè habet, ac si super ea re nihil scriptum fuisset *d. l.* 2. *in princ.* atqui, si nihil super ea re scriptum fuisset, teneretur ex edicto cavere. Neque vero plus consequi debet, quàm si super ea re nihil scriptum fuisset. Hujus rei elegans exemplum proponit Papinianus in *l. Mulieri & Titio* 74. *ff. de cond. & dem.* Mulieri & Titio relictus erat ususfructus, si non nupserit mulier. Nupsit mulier: deficit conditio legati, qua deficiente à legato videtur excludi Titius, & ad integrum usumfructum admittenda mulier, cui conditio remittitur. Verumtamen quia conditio à lege remittitur perindè ac si adjecta non fuisset, absurdum est, eam plus consequi, quòd testatori non obtemperavit, quàm consequeretur, si obtemperasset: idcirco dividitur inter mulierem, & Titium ususfructûs: imò, quod est omninò singulare, mulier tantummodo dimidium ususfructus consequitur, etiamsi Titius legatum repudiaverit: adeoque contemptâ voluntate testatoris amittit jus accrescendi. Neque ipsi lex injuriam facit: quippè quia nihil esset habitura, si lex ei conditionem non remisisset. His expositis constat non levi errore prolapsos fuisse DD. qui putarunt ex *d. l.* 2. probari, non valere argumentum à contrario, & commentitias esse solutiones, quas excogitatuur.

Non multò tutius est perfugium, quo 23 Larrea utitur ad declinandam *l. quæ extrinsecus* 65. *ff. de V. O.* Discrimen esse ait, quod stipulatio conventione contrahitur, non numeratione sicur mutuum. Id autem efficit numeratio, ut demonstret, ac designet genus monetæ, in quo contrahitur obligatio: cui consequens est, ut in eodem genere solvi debeat, quia non tollitur obligatio, nisi solvatur id, quod debetur *princ. tit. inst. quib. mod. toll. obl.* Sed nos non ducimus argumentum à comparatione mutui cum stipulatione: verùm à convenientia responsionis cum interrogatione, quæ omnimoda esse debet in stipulatione, & multo exactior, quam in mutuo inter numerationem pecuniæ, ejusque restitutionem ac solutionem: tum vero maximè ab eo, quod ait ibi J. C. promittentem aureos pro denariis, non in re ipsa, sed in rei appellatione variare, ut supra luculenter explicavimus.

His demonstratis præoccupavimus contra- 24 riorum argumentorum confutationem. Nihil enim opponi potest, quod ex his non possit

perſpicuè refutari. Primum aïunt, quòd aliud pro alio ſolvi non poteſt invito creditori *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* in mutuo ſolvi non poteſt res alterius generis, veluti triticum pro vino *d. l. 2. in princ. l. 1. §. re contrahitur ff. de oblig. & act. princ. tit. inſt. quib. mod. re contrah.* differunt autem inter ſe materia, & ſubſtantia, atque adeo etiam genere, æs, argentum, aurum, *l. in venditionibus 9. §. ult. l. quod tamen 14. in fin. ff. de contr. empt.*

Ad hæc reſponſum eſt luculentiſſimè initio hujus diſſertationis. In mutui obligationem non deducitur pecunia numerata ratione corporis, ſubſtantiæ, materiæ, ſed ratione quantitatis, & æſtimationis. Quamobrem qui reddit monetam ejuſdem æſtimationis, non ſolvit aliud pro alio, ſed id ipſum quod accepit, nempè illam ipſam æſtimationem, quam accepit, quam debet. Ne jam dicta repetam, ad ea lectorem relego.

25 Rurſus objiciunt, quod mutuum non ſolùm in eodem genere reſtituendum eſt, ſed etiam ejuſdem qualitatis, & bonitatis *l. cùm quid mutuum 3. ff. de reb. cred. l. 1. §. re contrahitur ff. de oblig. & act. princ. tit. inſtit. quib. mod. re contr. obl.* Non reſtituit autem rem ejuſdem bonitatis, qui æream monetam pro argentea, argenteam pro aurea ſolvit. Ac ne quidem ejuſdem qualitatis: qualitas enim in jure noſtro pro materia accipitur *l. ſi ſterilis 21. §. quamvis ff. de action. empt.* non eſt autem eadem materia æris, argenti, auri *d. l. in venditionibus §. ult. & l. quid tamen 14. ff. de contr. empt.*

Eodem recurrimus. Æquè bonum reddit pecuniæ debitor, qui reddit æqualem æſtimationem, cùm pecunia ratione æſtimationis in obligationem deducatur, non materiæ vel corporis. Sed & ejuſdem qualitatis reddit: licèt enim aliquando, & quidem admodùm rarò nomen qualitatis ad materiam in jure noſtro referatur, tamen verè ac propriè ſignificat id, quod materiæ accedit, & accedit ſubſtantiæ *l. ubi autem 75. §. ergo 1. ff. de V. O. l. 4. ff. de trit. vin. & ol. leg. l. heredes palàm §. 1. verſ. & puto ff. qui teſt. fac. poſſ.* ſi quis acceptis decem denariis ſolveret decem ſeſtertios, hic utique ſolveret monetam diverſæ qualitatis, diverſæ ſpeciei, quia licèt utraque moneta eſſet argentea, tamen cùm non habeat eamdem æſtimationem, non eſt ejuſdem qualitatis *d. l. heredes palam*, nec ejuſdem ſpeciei *l. qui non militabat §. 1. ff. de hæred. inſt.* quod enim nummorum qualitas dicitur in *d. l. heredes.* in hac dicitur ſpecies nummorum. Cæterùm ſi pro decem denariis ſolverit quadraginta ſeſtertios, qui ſunt ejuſdem æſtimationis, dicitur variare ſolùm in rei appellatione, non autem in re ipſa *l. qua extrinſecus §. 1. ff. de V. O.* quam ſuprà copiosè expoſuimus. Rectè Ulpianus in *l. etiam 159. ff. de V. S. etiam aureos nummos æs dicimus.* Planè æs alienum dicitur, in quâcumque ſpecie monetæ fuerit contractum æreæ, argenteæ, aureæ. Senec. *de Benef. lib. 5. c. 14. Æs alienum habere dicitur, & qui aureos debet, & qui corium forma publica percuſſum, quale apud Lacedæmonios fuit, quod uſum numeratæ pecuniæ præſtat.* Pecunia numerata cujuſcumque generis ſit, omnis ejuſdem modi eſt, quia uſum dominiumque non tam ex ſubſtantia præbet, quam ex quantitate *l. 1. in princ. ff. de contr. empt.* Porro cùm dicimus aliquem accepiſſe mutua centum ſcuta, non hoc intelligimus eum accepiſſe corpora ipſa ſcutorum, ſed eorum æſtimationem, ſive eam acceperit in ceratiis, ſive in denariis, ſive numerata fuerint ipſa ſcuta argentea, ſive aurei, ſive tremiſſes, ſive hæc omnia commixta, dum ſimul juncta conficiant æſtimationem centum ſcutorum.

Rurſus objiciunt, quod in pecunia non 26 ſolùm valor & æſtimatio, ſed etiam corpus attenditur: argumento eſt, quod etiam tamquam corpus nulla habita ratione æſtimationis ſæpè deducitur in obligationem, ut in *l. planè 34. §. ſed hoc ita ff. de leg. 1.* in *l. 3. in fin. cum ſeq. ff commod. l. numiſmatum 28. ff. de uſufr.* In mutuo autem videtur conſiderari tamquam corpus, quia nullius rei pretium eſt, nec æſtimatio, ſicut in emptione *l. 1. in princ. ff. de contr. empt. l. 1. ff. de rer. permut.* neque enim intervenire

potest tamquam æstimatio, cùm nihil est quod æstimetur.

Ad hoc satis initio responsum est, ubi fusè lateque demonstravimus, quandonam ratione corporis, quando ratione quantitatis in obligationem deducatur; & quid obtineat in mutuo. Profectò ipsa numeratio, quæ in mutuo contrahendo necessaria est *inst. tit. quib. mod. re contr. oblig. in princ.* clarè ostendit, non tamquam corpus in mutuum venire pecuniam, cùm non ea ipsa pecunia, quæ numeratur, solvenda sit, sed alia ejusdem generis *l. sed si certos* 51. *ff. de leg.* 1. Neque fit numeratio, ut constet de specie monetæ, quæ traditur, sed ut constet de quantitate, & quantùm datum sit, appareat, ut tantumdem reddi possit. Qui pecuniam mutuam accipit, non eam accipit tamquam mercem aliquam, sed ut ejus pretio merces comparet, & in suos usus expendat: proinde eam accipit, ut pretium & æstimationem omnium rerum, & ad dimittendos creditores accommodatam.

Denique opponunt, quod in pecunia non solùm valor, sed ut proba sit materia, sitque justi ponderis, exigitur *l. 1. & 2. C. de ponderat. & aur. illat. c. quanto de jurejur. l. 1. C. de vet. numism. pot.*

27 Ineptum, & futile argumentum. Utique si mutuatarius non reddat monetam probam, & justi ponderis, non cogatur creditor accipere: ut si ærosam pecuniam, vel detonsam solvere velit *l. creditor*, 102. *ff. de solut. l. 2. C. de ponderat.* sed hoc pertinet ad publicam auctoritatem, quæ fit moneta proba, aut ærosa, quæ justi ponderis *d. l. creditor & d. l. 2.* Cæterùm ea est moneta proba, justique ponderis, quam æris, argenti, aurique flatores publica auctoritate percusserunt *l. 1. ff. de contr. empt. l. 2. §. eod. tempore* 30. *ff. de orig. jur.* sed quid hæc ad quæstionem nostram? Nam etsi redderet ejusdem generis monetam vel detonsam, vel ærosam, repelli posset à creditore. Non quærimus, an possit reddere monetam minùs probam, aut non justi ponderis: sed an possit reddere in alia forma, in alia materia, sine damno creditoris.

CAPUT XI.

Ad L. prout quidque 80. ff. de solut.

SUMMARIUM.

1 *Mutatio monetæ extrinseca, vel extrinseca.*

2 *In extrinseca tantumdem restituit, qui restituit eamdem æstimationem.*

3 *Solvens æstimationem ejus, quod accepit, liberatur.*

4 *Creditor recipiens eamdem æstimationem, quam dedit, nihil damni sentit.*

5 *Mutatio monetæ est casus fortuitus, qui cedit damno vel lucro debitoris.*

6 *Rei æstimatione in obligationem deductâ ipsa æstimatio debetur, sive creverit sive decreverit rei pretium.*

7 *Non potest simul reddi tantumdem corporis, & tantumdem æstimationis. Æstimatio prævalere debet materiæ & corpori.*

8 *Pecuniæ pretium augeri solet ad opitulandum Reipublicæ necessitatibus.*

9 *Explicatur l. vinum 22. ff. de reb. cred.*

10 *Differentia inter pecuniam & species, quæ in genere suo functionem recipiunt.*

11 *Ante moram id solum debetur, quod in obligationem deductum est. Post moram etiam id, quod interest creditoris.*

12 *Differentia inter legatum metalli rudis, & mutuum pecuniæ numeratæ.*

13 *Exponitur l. cum certum 9. ff. de aur & arg. leg.*

14. *In his, quæ ad sua initia redigi possunt, materia vincit formam, & artificium cedit materiæ.*

15 *Solvens eamdem æstimationem, nec aliud pro alio nec minus solvit.*

16 *Recipiens eamdem monetam, quam dedit, non accipit nummos in aliam formam.*

SUccedit altera quæstio de mutatione mo- 1
netæ: videlicèt an eâ publica auctoritate mutatâ restitui debeat tantumdem corporis, an verò tantumdem æstimationis. Tantumdem pecuniæ restituendum esse, controversum non est *l. prout quidque ff. de solut.* sed & hîc dubitatur, an tantumdem pecuniæ restituere dicatur, qui restituit eamdem æstimationem, an verò qui restituit eadem corpora. Mutatio monetæ duplex: Aut retentâ eâdem monetâ augetur minuiturve ejus æstimatio: Aut cuditur nova moneta mutatâ ejus materiâ, vel pondere. Illa à nostris dicitur mutatio extrinseca, hæc intrinseca.

Mutatâ extrinsecùs monetâ puto mutuata- 2
rium

rium non posse cogi, nisi ad restituendum tantumdem æstimationis. Finge auctam fuisse æstimationem aureorum, ita ut octoginta aurei æquent æstimationem centum præteriti temporis: qui centum mutuos acceperat, reddendo octoginta liberatur. Hæc sententia superiori est consentanea: eâque admissâ, hanc quoque admitti necesse est. Etenim potest mutuatarius, qui decem aureos accepit, solvere denarios ejusdem æstimationis, ut in superiore demonstravimus: ergo multò magis solvere potuit ejusdem generis monetam, videlicet aureos, dum sint ejusdem æstimationis. Si licet ei, quod plus est, multò magis licere debet, quod minus est *l. non debet* 21. *ff. de R J.* Licet mutuatario reddere eamdem æstimationem in argento, quod non accepit, ergo multò magis in auro, quod accepit. Idem ita concludi potest. Si accepisset denarios CCL. mutuos, posset solvere tot aureos, qui æquarent æstimationem denariorum CCL ergo multò magis eosdem solvere poterit, cum aureos mutuos acceperit. Huic argumento vix aut nullo modo potest responderi.

3 Confirmatur, quia si verum est, quod verissimum esse demonstravimus in superiore, pecuniam numeratam in mutuo, sicut in plerisque aliis contractibus, in obligationem deduci ratione quantitatis & æstimationis, non autem corporis; consequens est liberari, qui solvit eamdem æstimationem, maximè si solvat in eodem genere monetæ, quod accepit. *l. 1. §. re contrahitur ff. de obl. & act. l. 2. in princ. ff. de reb. cred.* juncto *princ. tit. inst. quib. mod. tollit. obl.*

4 Secundo, quia creditor recipiens eamdem æstimationem, quam dedit, damnum ac detrimentum non sentit, quoniam res omnes, quæ in commercio sunt, expenduntur & æstimantur pecunia secundùm æstimationem publicâ auctoritate impositam *l. 1. in princ. vers. electa ff. de contr. empt.* Ibi: *electa materia est, cujus publica æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret.* Nec potest quisquam in commerciis rebus contrahendis eam recusare, cum sit speciei probæ & debiti ponderis; est enim eadem moneta, quæ dudum erat *l. 1. C. de vet. numism. potest.* & *l. ult.* ubi jubetur capitali supplicio puniri, qui pro eam pretio à lege imposito accipere noluerit.

Tertiò, quia quamvis diminuto monetæ 5 pretio detrimentum sentiat debitor, qui plures aureos restituere cogitur, quàm acceperit, tamen hoc est consentaneum naturæ mutui, in quo quicquid accidit casu fortuito, cedit damno ipsius debitoris §. *item is vers. & is quidem, inst. tit. quib. mod. re contr. oblig. l. 1. §. & ille quidem ff. de obl. & act.* Diminutio autem pretii casu fortuito accidit: nam pecuniæ publica est, ac perpetua æstimatio *l. 1. vers. electa ff. de contr. empt.* eaque mutari minuique & augeri non potest, nisi supremâ principis auctoritate, ad quem spectat monetam cudere. Sunt enim hæc jura majestatis *l. 2. C. de falsa moneta*: nec quisquam alius habere potest hanc facultatem etiam ex ipsius Principis rescripto *l. ult. C. eod.* Quod autem sit potentia Principis ad vim majorem, & casus fortuitos pertinet *l. si fundus 25. §. fin. ff. locat. l. Lucius 11. ff. de evictíon.* quia potentiæ principis resisti non potest; & quod fit eâ vi cui resisti non potest, casu fortuito accidisse reputatur *l. 1. §. & ille quidem vers. is vero ff. de obl. & act. l. 4. C. de peric. tut. l. fluminum 24. §. Servius ff. de damn. inf.* In summa damnum quod provenit ex mutatione monetæ, semper ad mutuatarium pertinet *l. creditor 102. ff. de solut.* Cum autem ad debitorem pertineat incommodum diminutionis pretii, ad eundem pertinere debet etiam commodum augmenti. *l. secundùm naturam 10. ff. de reg. jur. §. quam autem. vers. sed & si post emptionem, instit. de contr. empt. l. id quod 7. in princ. ff. de peric. & com. rei vend. l. ult. C. eod.*

Quarto quia quoties rei æstimatio deducitur in obligationem, debetur ea ipsa æstimatio, quæ in obligationem deducta est, sive creverit sive decreverit rei pretium *l. fundum 28. in fin. ff. de novat.* Ibi: *ea æstimatio venit, quæ secundæ stipulationis tempore fuit. l. æstimata 51. ff. sol. matr. l. cum dotem 10. in fin. C. de jur. dot. l. res in dotem* 6

42. *ff. eodem.* Atqui in mutuo pecunia deducitur ratione suæ æstimationis, ut ostendimus in superiore; ergo augmentum, diminutio, interitus ad debitorem, non ad creditorem pertinet, ut perspicuè tradit Scævola in *l. creditor.* 102. *princ. ff. de solut.* Ibi: *nec creditoris, nec tutoris detrimentum esse.* Confirmatur, quia nummorum certa est æstimatio *l. 3. ff. de in lit. jur.* quamobrem qui mutuos nummos accipit, ad restituendam certam æstimationem obligatur, eamque restituendo liberatur *princ. tit. inst. quib. mod. toll. oblig.*

7 Quinto animadverto, quod aucto, diminutove pretio pecuniæ, non potest reddi tantumdem corporis, & materiæ, simulque tantumdem quantitatis & æstimationis. Etenim si reddas tantumdem corporis, reddis plus, minusve æstimationis: contra si reddideris tantumdem æstimationis, plus, minusve corporis reddidisti. Cum igitur utrumque exequi atque explere nequeat mutuatarius; alterum alteri cedat necesse est, ut id, quod prævalet, mutuatarius exequatur. Videndum igitur est, quid prævaleat in pecunia numerata, utrum corpus & substantia, an verò quantitas, valor, æstimatio. Equidem sine ulla controversia prævalet æstimatio materiæ & corpori; moneta enim ideo inventa fuit, eique imposita publica æstimatio, ut subveniretur permutationum difficultatibus, in quas homines incurrebant corpora corporibus permutando *l. 1. in princ. ff. de contr. empt.* & idcirco pecunia habetur pro re incorporali, & corpori opponitur *l. quisquis 95. in fin. ff. de leg. 3.* Ibi: *neque enim post eam præfationem adjecturum fuisse testatorem res corporales, si dumtaxat pecuniam numeratam præstari voluisset. l. plane 34. §. sed si non corpus ff. de legat. 1. l. sed & si 10. ff. de acceptil. l. si pœna 19. §. si falso l. qui hæredis 46. ff. de condict. indeb. l. si hæres 68. ff. ad SC. Trebell.* & nos in superiore fusiùs ostendimus. Hoc quoque argumentum reor ineluctabile.

8 Postremo, quia Princeps monetæ pretium augere solet vel ut publicæ necessitati opituletur, vel ad sublevandam plebem ære alieno oppressam. Sallust. *in Catilin. Sæpenumero majores nostri miserti plebis Romanæ decretis suis inopiæ ejus opitulati sunt: ac novissimè memoria nostra propter magnitudinem æris alieni, volentibus bonis, argentum ære commutatum est.* Plin. *Lib. 33. c. 3. Bello Punico primo, cùm impensis Resp. non sufficeret, constitutum, ut asses sextantario pondere ferirentur: ita quinque partes factæ lucri, dissolutumque æs alienum,* &c. *Postea Hannibale urgente Q. Fabio Maximo Dictatore asses unciales facti; placuitque denarium sexdecim assibus permutari.* Sed si aucta æstimatione pecuniæ, totidem nummi solvendi essent, quot accepti fuerunt; & tantumdem nummorum, non tantumdem æstimationis solvendum esset à debitoribus, neque Reip. necessitati subveniretur, neque inopiæ debitorum, & ex pretii augmento non debitores, sed creditores perciperent emolumentum, contra propositum institutumque Reip.

Modò, quæ opponuntur, expendamus. 9
Duo præ aliis magnos viros seduxerunt. Primùm opponitur Juliani auctoritas in *l. vinum 22. ff. de reb. cred.* ubi secundùm Sabini sententiam statuitur; vinum mutuo datum, tanti æstimandum, quanti tunc erat, cùm petitum fuit, ergo in mutuo attendi debet & solvi æstimatio, quæ fuit tempore petitionis, non tempore contractûs, vel tempore rei judicandæ *l. 3. §. in hac actione ff. commod.*

Facilis & expedita distinctio inter pecu- 10
niam, aliásque res, quæ in genere suo functionem recipiunt, vinum, oleum, frumentum. Harum rerum pretia incerta sunt, & in dies mutantur pro annonæ vilitate, aut caritate *l. pretia rerum 63. §. ult. ff. ad leg. Falcid.* pecuniæ autem certa est æstimatio atque perpetua *l. 1. ff. de contr. empt. l. nummis. 3. ff. de in lit. jur.* Plin. *Lib. 33. cap. ult. in fin. Pretia rerum, quæ usquam posuimus, non ignoramus alia aliis locis esse, & omnibus penè annis mutari:* & reliqua. Eò fit, ut pecuniâ merces omnes æstimentur, pecunia autem merce non æstimetur *l. si ita fidejussorem 42. ff. de fidejuss.* His conse-

quens est, in mutuo pecuniæ in obligationem venire ipsam æstimationem: in mutuo vini, olei, frumenti, corpora ipsorum juxta mensuram à contrahentibus initam. Quoties autem certa æstimatio in obligationem deducitur, ea ipsa debetur, etiamsi postea rei æstimatio variaverit *l. fundum* 28. *ff. de novat. c. ult. de censib.* facit ad rem *l. Rutilia Polla* 68. *ff. de contr. empt. l. cùm quis* 22. *ff. de oblig. & act.* Sicut enim cùm de certa mensura, vel certo pondere contracta est obligatio, tantumdem mensuræ vel ponderis restituendum est; adeo ut nequidem convenire possit, ut plus restituatur *l. regasti* 11. §. 1. *ff. de reb. cred.* ita cùm de certa æstimatione contracta fuit obligatio, tantumdem æstimationis est restituendum.

11 Sed ad propositum argumentum ex *l. vinum* magis est accommodata distinctio temporis, vel moram antecedentis, vel eam consequentis. Ante moram nihil aliud debetur, quàm quod in obligationem deductum est; ideò si decem amphoræ vini datæ fuerint, nihil aliud debetur, ac nihil aliud peti potest, quàm decem amphoræ; nec locum habet æstimatio, quia debet in decem amphoras à Judice condemnari, non in æstimationem *l. Titiæ amicæ* 36. *in fin. ff. de aur. & arg. leg. l. ult. C. de fideic. libert. l. hujusmodi* 84. §. *qui servum ff. de leg.* 1. Post moram autem ultra rem debitam præstandum est etiam id, quod interest creditoris rem sibi solutam fuisse debito tempore: scilicet quantum habiturus fuisset, si ei statim reddita fuisset *l. præterea* 20. *ff. de rei vindic. l. cum fundus ff. de reb. cred. l.* 2. *ff. de usur. l. si sterilis* §. *cum per venditorem ff. de act. empt.* Est igitur æstimanda res, non quia ipsa præstanda non sit, sed ut constet, quanti intersit actoris, rem non suo tempore fuisse restitutam *d. l. si sterilis.* Nam post moram debitoris, damnum ad ipsum debitorem pertinet *l. cum res* 47. §. *ult. ff. de leg.* 1. lucrum ad creditorem *l.* 3. §. *ult l. si sterilis* §. *cum per venditorem ff. de act. empt.* Idem in mutuo pecuniæ numeratæ receptum est communiter, quam sententiam, nec probo, nec reprobo. Verùm hoc à mora provenit, non à mutui natura Quocirca argumentum petitum à *l. vinum ff. de reb. cred.* ad hanc controversiam non pertinet.

Secundo opponi potest *l. cum certum* 9. *ff. de aur. & arg. leg. Cùm certum auri vel argenti pondus legatum est, si non species designata sit, non materia, sed pretium præsentis temporis præstari debet*: ergo præsens æstimatio debetur, non temporis præteriti, quo contracta fuit obligatio. 12

Magna est differentia inter legatum argenti vel auri rudis, & mutuum pecuniæ numeratæ. Rudis materiæ argenti, vel auri, vel æris non est certa ac perpetua æstimatio à lege definita, quemadmodum pecuniæ numeratæ *l.* 1. *ff. de contrah. empt.* Æs, argentum, aurum pecuniâ æstimatur & mercis vicem obtinet: pecunia alia re non æstimatur, sed est omnium æstimatio, & pretium, non autem merx *l.* 1. *ff. de contr. empt. l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejus.* Suetonius *de Julio Cæsare cap.* 54. *Unde factum ut auro abundaret, ternisque millibus nummum in libras promercale, per Italiam, provinciasque divenderet.* Iis temporibus ex auri libra quadraginta & octo aurei cudebantur: aureus centum nummis valebat: itaque libra auri in pecunia quaternis millibus & octingentis nummis æstimabatur. Cæsar cum ex Gallia maximam auri copiam asportasset, aurum rude dumtaxat ternis millibus nummum divendebat. Hæc igitur metalla pro abundantia, vel penuria modò viliora erant, modò cariora, quemadmodum reliquæ merces: quamobrem ea æstimare necesse erat. Hinc orta quæstio: cujus temporis æstimatio sit ineunda. Hæc autem quæstio in pecunia numerata incidere non potest, quia cum in obligationem deducatur certa ejus æstimatio; ea ipsa solvenda est à mutuatario, qui ad eam restituendam ex mutuo se obligavit, ut paulò ante demonstravimus.

Verumtamen si accuratiùs id perpendamus, lex illa pro nobis facit potiùs quam contra nos: *pretium præsentis temporis præstari debet.* Quodnam est tempus præsens? scilicet tempus conditi testamenti. Diluci- 13

de hercle Paulus ita definit in *l. si ita esset 7. eod. Si ita esset legatum : vestem meam, argentum meum damnas esto dare : id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset ; quia præsens tempus semper intelligeretur.* Nam tempus præsens etiam præteritum sæpenumero significat *l. verbum erit* 123. *ff. de V. S.* Jurisconsulti, cum de legatis, & fideicommissis aliquid definiunt, verba referunt vel ad tempus testamenti, in quo relicta fuerunt, vel ad tempus mortis testatoris, cum incipiunt deberi : quia hæc duo tempora inspici solent. De æstimatione rerum, quæ relicta fuit in testamento, spectandam esse æstimationem, quæ fuit tempore mortis, traditur à Scævola in *l. ult.* §. 1. *ff. de leg.* 2. Idque quia testator usus erat verbo futurum tempus demonstrante, quod tamen non protenditur ultra mortem testatoris : Nec verò protendi potest, quoniam res cujusque modi sit, cùm testator moritur, ab hærede præstanda est : statim enim & nascitur obligatio, quâ hæres obstringitur, & statim transfertur dominium in legatarium *l. heres quandoque* 54. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l. legatum* 20. *ff. de legat.* 2. Quocirca & si res mutata fuerit post conditum testamentum, tamen cujuscumque modi sit tempore mortis, ejusdem modi debetur ; ut in *l. si quis vinum* 5. §. *item si quis ff. de trit. vin. & ol. leg. & l. uxorem* 41. §. *testamento* 4. *ff. de leg.* 3. Cæterum in nostra *l. cum certum* 9. veriùs puto deberi pretium ejus temporis, quo factum est testamentum : nam qui rem legat, cogitat de illa re, quæ est præsenti tempore, & animo ejus, cùm legat, obversatur. Quamobrem nisi adjiciat aliquod verbum, ex quo conjecturam faciamus, eum de futuro cogitasse, semper testamenti tempus inspiciemus *l. si ita* 7. *ff. de aur. & arg. leg. l. scribit* 34. §. 1. *l. medico ult. ff. eod. l. ult* §. *ult. ff. de liber. leg.* Huic consequens est, testatorem legantem certum pondus argenti in genere, nulla specie designata, voluisse legare pretium præsentis temporis, quod ipse animo reputabat, cùm legabat : perindè ac si certam summam pecuniæ legasset. Sed utrumlibet veriùs putes, quod ad quæstionem nostram attinet, res eodem recidit.

Tertiò opponitur, quod ea, quæ in sua redigi possunt initia, materiæ potentiâ victa, numquam vires ejus effugiunt. *l. quæsitum.* 78. §. *illud. ff. de leg.* 3. sed argentum signatum sæpius redigi potest in sua initia sicut argentum factum, ergo in eo vincit potentia, materiæ, ejusque vires effugere non potest : cui & illud consequens est, tantumdem materiæ, non tantumdem æstimationis esse restituendum, ut tantumdem pecuniæ reddatur, quemadmodum præcipitur in *l. prout quidque.* 80. *ff. de solut.* 14

Hoc etiam argumentum pro nobis facit. Ait Paulus, argenti legato tam rude & infectum argentum, quàm factum contineri, licèt legato marmoris solummodo rude marmor contineatur : scilicet quia in argento facto materia vincit formam, & artificium ac cælatura materiæ cedit, cum ad sua initia reduci possit. Atqui argenti legato non continetur argentum signatum, *l. cum aurum.* 19. *in princ. ff. de aur. & arg. leg.* ergo in argento signato forma publica vincit potentiam materiæ, & consideratur forma publica, & à lege imposita æstimatio, non verò materia. Ad *l. prout quidque* jam supra respondimus, tantumdem pecuniæ reddere, qui reddit tantumdem æstimationis, non, qui reddit tantumdem materiæ.

Reliqua etiam argumenta jam præoccupavimus. Nam quod aïunt aliud pro aliò solvi non posse. *l.* 2. §. *ff.* 1. *de reb. cred. l. ult. C. de fideic. libert.* Mutuatarium non posse obligari ultra, id quod accepit, *l. rogasti* 11. §. 1. *ff. de reb. cred. l. si tibi decem,* 17. *ff. de pact. l. cum ultra C. de non numerata pecunia.* Neminem cogi accipere pecuniam, quæ non sit debiti ponderis, & speciei probæ. *l.* 1. *C. de veter. numism. pot.* 2. *C. de ponderat. & illat. aur.*

Verissima sunt hæc omnia, sed à nostra quæstione admodum aliena. Qui solvit eamdem æstimationem, non solvit aliud pro alio, cum solvat eam æstimationem, ad quam se obligavit. Nec solvit plus, aut

minus. Solvit monetam ſpeciei probæ ac debiti ponderis, cum ſolvat monetam, quam accepit, eaque non fuerit intrinſecus mutata, ut ſupponimus. Quòd ſi creditor eam dicat eſſe detonſam, atque ideo non juſti ponderis, eum ad zygoſtatem relegat Julianus Imperator in laudata *l.* 2. Ejuſdem notæ eſt argumentum, quod ducitu à *l. creditorem.* 99. *ff. de ſolut.* de qua in ſuperioribus. Etenim neque creditor in aliam formam nummos accipit, cùm recipiat eamdem monetam, quam dedit. Character, figura, ſignum, quo moneta formatur, atque ſignatur, forma dicitur, eſt enim moneta materia formâ publicâ percuſſa, *l.* 1. *ff. de contr. empt.* Hæc forma aliam ab alia monetam diſtinguit, & ſecundùm hanc æſtimatur: ideo etiam ipſa moneta ſæpè forma dicitur. Cato formam denarii dixit; & Lamprid. *in Alex. Severo: Formas binarias, & ternarias, & quaternarias, & denarias etiam, atque amplius uſque ad bilibres quoque & centenarias, quas Heliogabalus invenerat, reſolvi præcepit.* Formæ binariæ erant monetæ, quæ binis aureis valebant, ternariæ, quæ ternis: centenariæ, quæ centenis. Neque damnum ſentit creditor, qui recipit eamdem æſtimationem, quam dedit. Ac ſi velimus damnum ſecundùm numerum nummorum, quos recipit, æſtimare; ſicut pauciores recipit auctâ æſtimatione: ita plures recipit eâ diminutâ. Æquum igitur eſt, eum pati damnum, ſi lucrum percipit. *l. id quod* 7. *ff. de peric. & comm. l. un. §. pro ſecundo verſ. eas etiam C. de cad. toll. l. is qui* 15. *in fin. de legat. præſt.*

CAPUT XII.

Ad L. cum quid mutuum 3. ff. de reb. cred.

SUMMARIUM.

1 *Communis ſententia Interpretum eſt, reddendam eſſe monetam antiquam, vel novam juxta antiqua æſtimationem. Contraria magis placet.*
2 *In pecunia conſideratur poteſtas ſeu valor publicâ auctoritate impoſitus, non materia, ex qua conſtatur.*
3 *Materia vel pondus non ſunt in obligatione, adeoque eorum ratio habenda non eſt.*
4 *Pecuniam nobis uſum dominiumque præbere non tam ex ſubſtantia, quam ex quantitate quatenùs dici poſſit ad Paulum in l. 1. ff. de contrah. empt. & n. 5.*
6 *Nemo poteſt recuſare, quin tradat aut ſuſcipiat monetam juſſu Principis percuſſam.*
7 *Eſt enim ejuſdem poteſtatis & æſtimationis, & nullum damnum patitur creditor. & n. 8.*
9 *Duplex mutatio monetæ intrinſeca apud Romanos facta reperitur. Numquam diſtincta moneta vetus à nova.*
10 *Expenduntur Loca Juris Canonici in contrarium allegata. & n. 11. 12.*

QUæſtionem etiam de mutatione intrinſeca in tranſitu leviter attingam. Interpretes noſtri ferè omnes pro certo habent, reddendam eſſe monetam antiquam, ſi uſquam reperiatur: ſin minùs, reſtituendam novam monetam ſecundùm æſtimationem antiquæ. Nituntur auctoritate juris Pontificii in *c. olim & in c. cum canonici de cenſib.* Quæ ſententia rationem habet, quia cum in mutuo reddendum ſit æquè bonum, noſtra *l.* 3. *ff. de reb. cred.* ſi reddi poteſt æquè bonum tam in materia, quam in æſtimatione; nulla ratio videtur eſſe cur id fieri non debeat. Quocirca ſi reperiatur antiqua moneta, quam mutuam accepit debitor, quorſum eam ſolvere recuſet? Eam ſolvendo reſtituit rem mutuam & ejuſdem generis, & ejuſdem bonitatis tum intrinſecæ, tum extrinſecæ, atque adeo planè perfectèque ſatisfacit ſuæ obligationi, ſuoque creditori. Enim vero ab hac ſententia recedere non auderem, (ſicut in docendo numquam receſſi; quamvis contrariam de jure veriorem eſſe exiſtimarem (niſi præirent, & animos adderent doctiſſimi viri, qui primas etiam in foro tenuerunt. 1

2 Movet me primum, quod ait Paulus in *l.* 1. *ff. de contr. empt. Electa materia eſt, cujus publica, ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubveniret: eaque materia formâ publicâ percuſſa uſum dominiumque non tam ex ſubſtantia præbet, quàm ex quantitate: nec ultra merx utrumque, ſed alterum pretium appella-*

tur. Idque confirmat in *l.* 1. *in princ. ff. de rer. permut.* Electio igitur hujus materiæ ad publicam potestatem pertinet: ad eamque etiam forma, quam voluerit imprimere, quæ sit signum tum publicæ auctoritatis, tum æstimationis publica auctoritate impositæ. Hoc & Aristoteles affirmat *lib.* 1. *de Rep. cap.* 9. Quod si quis hanc auctoritatem sibi arripuerit, in crimen læsæ majestatis incurrit, & afficitur ultimo supplicio. *l.* 2. *C. de falsa mon.* His efficitur, hanc materiam ad hoc electam & formâ publicâ percussam, ut difficultatibus permutationum subveniretur, non ampliùs esse considerandam tamquam aliquam mercem, sed tamquam pretium omnium mercium, nec habendam rationem materiæ, cujusquemodi sit, sed æstimationis, quam principis, aut Reip. decreto accepit. Quocirca sive pretiosa, sive vilis fuerit materia, eumdem privatis usum præstat, dum eadem sit æstimatio, nec de ea privati curare debent, cùm electio materiæ ad Principem supremum solummodo pertineat. Cives igitur dumtaxat potestatem, pretium, quantitatem in nummis debent perpendere, cùm non tam ex substantia, quàm ex quantitate usum dominiumque ipsis præbeat. Egregiè Aristoteles laudato loco ait, quod nummus lege constat, natura verò nihil est. Materiæ substantiam absorbet publica legis æstimatio. Tolle legem, etiam nummos, omnemque pecuniam sustuleris; remanebit aurum, argentum, æs, quæ mercis loco habebuntur, & in antiquas difficultates permutationum recidemus. Natura igitur propria pecuniæ, quâ ab omnibus aliis rebus distinguitur, est valor impositītius, non materia, ex qua conflatur, quæ communis est etiam æri, argentoque, & auro infecto, quæ merx sunt, non pretium mercis, non pecunia, non nummus. Quid igitur causæ est, cur novam monetam pro vetere creditor accipere detrectet, si recipit eamdem æstimationem, quam dedit? *l. prout quidque.* 80. *ff. de solut. & lib.* cum enim id, quod creditori debetur, ad eum perveniat, eique nihil absit, necesse est, ut debitori competat liberatio. *l. in perpetuum.* 61. *ff. de solut.*

At enim ad eam non pervenit id, quod 3
ei debetur: quia materia pecuniæ, quæ ipsi solvitur, eadem non est, ac pecuniæ, quam dedit; vel non est ejusdem ponderis. Nec solutio quidem alterius generis monetæ eamdem materiam, aut idem pondus præstat creditori: & tamen eam recusare nequit, dummodo eamdem præbeat æstimationem, ut in superioribus demonstravimus. Neque enim materia, aut pondus aut corpora nummorum sunt in obligatione, sed valor, potestas, & publica nummorum æstimatio: & quod est in obligatione, debet esse in solutione. *l. ult. C. de fideicom. libert.*

Sed hoc ipsum negant, qui in contraria 4
sunt sententia, & Pauli verbis nituntur: *eaque materia formâ publicâ percussa usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate.* Ergo ajunt, præbet usum dominiumque non solùm ex quantitate, sed etiam ex substantia. Profectò non negaverim usum, ac præsertim dominium in materia & corpore nummorum consistere: cùm possit de illis perfectè arbitrio suo disponere, quod dominii proprium, idque in re corporali consistat. *l. per hoc judicium,* 4. *ff. comm. divid.* Sed hoc dominium habemus, quatenus nummi sunt ex ære, argento, auro, quemadmodum sunt in dominio nostro quælibet metalla facta, infectave, ut æs, argentum, aurum rude, vel vasa ærea, argentea, aurea. Quatenùs autem nummi pecunia sunt ad res omnes æstimandas, & comparandas instituti, & publica auctoritate signati, usum dominiumque nobis præbent ex quantitate, pretio publicaque æstimatione. Ita monemur à Papiniano in *l. si is cui nummos.* 94. §. 1. *ff. de solut.* Ibi: *sive quis in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.* In nummis & corpora, & quantitatem possumus cogitare: in ea tamen specie, quam ibi proponit Papinianus, quantitatem considerandam esse, non corpora, decernit Pomponius in *l. si pæna.* 19. §. *si falso ff. de condict. ind. summa partem dimidiam, non corporum conditam*: agitur enim de nummis communibus solutionis, vel mu-

tui causâ datis: in commerciis enim exercendis nummi ratione quantitatis & valoris,
5 non corporum & mercis interveniunt. Quamobrem nummi consumpti dicuntur, etiam si extent, & salva sint nummorum corpora, & illæsa eorum substantia: & consumptione mutuum conciliatur, & liberatio ab obligatione contingit. *d. l. si is cui. 94. l. rogasti. 11. §. ult. & l. seq. ff. de reb. cred. l. si quis pro eo 56. §. si nummos ff. de fidejuss. l. si alieni. 78. ff. de solut.* Frumentum, vinum, oleum consumuntur, cum iis utimur ad vescendum: pecunia vero, cum eam expendimus, aut cum nostra commiscemus, ut discerni non possit. *d. l. 78.* si nummos comminuam, fundam: ex eis vasa, sigilla conficiam: illis utor tamquam argento, auroque, non tamquam pecunia, & quasi dominus materiæ atque substantiæ, non quasi dominus pecuniæ, & quantitatis, ac pretii, quo censetur. Sed hoc rarò admodum accidit, & est à proprio usu nummorum, eorumque institutione alienissimum; *nec facile quisquam argenti numero nummos computat*, ut ait Ulpianus in *l. Quintus Mucius. 27. §. 1. ff. de aur. & argent. leg.* Forma publica eximit argentum ex numero argenti non solum infecti, sed etiam facti: atque eo fit, ut legato omni argento, legato argento facto, nummi non contineantur, nec verbum illud universale, *omne*, tantam vim habeat, ut eos comprehendat. *d. l. Quintus. 27. & l. cum aurum. 19. in princ. ff. eod.* Tunc nummis utor tamquam pecunia signata, & quasi dominus pecuniæ, non materiæ, cum illis utor ad usum, ad quem fuerunt instituti: ad res comparandas, ad perpetuos sumptus faciendos, ad negotiandum, ad sublevandos amicos, & his similia. Tunc autem usum dominiumque nobis præbet ex quantitate, non ex substantia: usum præstat, & commodum atque utilitatem non æs, aurumve, & argentum, non materia melior, deteriorve; sed ejus valor impostitius, & æstimatio publicâ auctoritate destinata. Qui tabulam egregiè pictam, aut statuam affabrè sculptam possidet, aut comparat, non materiæ qualitatem spectat, sed operis excellentiam. An cum Rex Attalus Aristidis tabulam centum talentis emit, ex qua materia, tela, vel ligno, & quam perfecta, vel quam pretiosis coloribus tabula compacta esset ac pacta, curavit? An eum Polycleti Diadumenus totidem talentis veniit, putamus emptorem diligenter expendisse, quo ex ære conflatus esset? An Nicomedes Rex Praxitelis Venerem mercari volens à Gnidiis, & totum æs civitatis alienum, quod erat ingens, dissoluturum se promittens, valde curavit, quo in marmore sculpta foret? aut Gnidii, qui noluerunt illi vendere, & quidvis perpeti maluerunt, quàm statuam alienare, quæ Gnidum nobilitabat, id deliberaverunt propter marmoris qualitatem, an propter sculpturæ excellentiam? Atque hæc multo satius in nummis statuenda sunt, propterea, quod electio materiæ non pendet à privatorum arbitrio, sedà publica auctoritate, cui parere necesse est.

Quocirca illud etiam me movet, ut ita 6
sentiam, quod nemo potest recusare, quin tradat, aut suscipiat monetam secundùm jussa Principis, qui eam cudi jussit: aliàs violat imaginem Principis in ea impressam. *l. 1. & 3. C. de veter. num. potest.* Non potest ergo creditor refragari, si mutuatarius ei offerat novam monetam jussu Principis percussam. Nec turbat, quòd in laudata *l. 1.* ajunt Imperatores: *modo ut debiti ponderis sint, & speciei probæ.* Nam cujus ponderis esse debeant nummi, cujus speciei, decernit idem Imperator: sequitur, ut debitum pondus, & species proba illa sit, quam voluit, ac jussit Imperator. Accedit, quod pro denariis, quos accepit mutuatarius, solvere posset aureos, dum solveret eamdem æstimationem, ut in superioribus est demonstratum: quidni igitur possit solvere denarios ejusdem speciei, ejusdemque æstimationis? si aureos solveret, hoc tantùm quæreretur, an sit ejus qualitatis, ejusque ponderis, quod publicè fuit designatum: quidni idem sufficere debet, si denarios solvat?

Atque eo magis, quod nullum damnum 7
passus est creditor ex solutione novæ, cum

sit ejusdem potestatis, ejusdem æstimationis, cujus erat moneta vetus, quàm mutuatus fuit. Itaque nulla causa est, cur eam accipere recuset, & si recusaverit, cogendus erit argumento *l. creditorem ff. de solut.* quam in superioribus latissimè exposuimus.

8 Respondent quidam, quòd damnum patitur creditor, quia nummis hisce novis deterioribus non potest comparare totidem nummos veteres, quos mutuos dedit. Quasi vero pecunia sit introducta & instituta, ut cum alia pecunia permutetur. Imo fuit inventa ad tollendas difficultates permutationum *l. 1. ff. de contr. empt.* Aliud est pecunia, aliud merx: pecuniâ merces omnes æstimantur, non mercibus pecunia *d. l. 1. & l. si ita fidejussorem 42. ff. de fidejuss.* Potest igitur creditor easdem merces novâ pecuniâ sibi comparare, quas potuisset pecuniâ vetere, quam mutuam dedit: cum mutata non fuerit æstimatio. Nullum ergo damnum patitur. Illud etiam falsum est, quod non possit sibi totidem nummos veteres comparare. Quidni possit, si eadem est æstimatio? Damnum diminutione patrimonii æstimatur *l. 3. ff. de damn. infecto.* non si lucro aliquo careat.

9 Postremò moveor exemplo Romanorum, quorum jure utimur. Mutatio intrinseca monetæ duobus modis contingere potest: nam potest minui pondus monetæ eâdem materiâ retentâ: potest eodem retento pondere ex viliore materia cudi. Utriusque mutationis in historia Romana habemus exempla. Plinius utriusque mutationis meminit *lib. 33. cap. 3. libra autem pondus æris imminutum bello Punico. Primò, cùm impensis Resp. non sufficeret, constitutumque, ut asses sextantario pondere ferirentur. Ita quinque partes facta lucri, dissolutumque æs alienum*, &c. *Postea Annibale urgente Q. Fabio Maximo Dictatore asses unciales facti, placuit denarium sexdecim assibus permutari*, &c. *Ita Resp. dimidium lucrata est. In militari tamen stipendio semper denarius pro decem assibus datus*, &c. *Mox lege Papiria semunciales asses facti. Livius Drusus in Tribunatu plebis, octavam partem æris argento miscuit.* En utramque mutationem. In his verbis plura sunt observanda. Primùm quod Resp. cum antea librales asses essent, duarum unciarum ponderis eos percussit, & dextantem lucrata, dissolvit æs alienum. Solvit igitur creditoribus eadem æstimatione asses sextantarios, cujus erant antea librales. Permisit igitur id & privatis debitoribus: alias captio fuisset. Secundò quòd in altera assis diminutione aliquantulum diminuta fuit etiam assis æstimatio peræqua proportione ad sestertium, atque denarium. Nam cum prius sestertius duobus assibus cum dimidio, denarius decem assibus valeret; exinde cœpit sestertius quatuor assibus, sexdecim denarius permutari. In se ipso tamen vilior fuisse non videtur: alioqui Resp. dimidium lucrata non fuisset. Ideò decem asses, quos pro diurno stipendio antea solvebat, deinceps quoque solvit, nec numerum auxit, licet auctus esset numerus assium, quos continebat denarius. Itaque verè non denarius exinde fuit stipendium militare, sed decem asses, quot in veteri denario continebantur. Et ita Plinius est intelligendus. Tacit. *lib. 1. annal. c. 17. Enim verò militiam gravem, infructuosam, denis in diem assibus animam & corpus æstimari.* Deinde: *Nec aliud levamentum, quàm si militia certis sub legibus iniretur, ut singulos denarios mererent.* Seditiosi milites non contenti decem assium stipendio, flagitabant, ut ad denarium augeretur, videlicet usque ad sexdecim asses. Verum tamen denarius licèt auctus assium numero, auctus pretio non videtur fuisse. Argumento est, quod semper drachmæ Atticæ æqualis habitus fuit, ut constat, Latinos auctores cum Græcis conferendo. Tertio, quod cum lege Papiria asses facti essent semunciales diminuto pondere, nec eorum pretium fuit diminutum, nec auctus numerus assium, quibus valebat denarius, qui semper sexdecim assibus fuit æstimatus. Quartò, quod Livius Drusus etsi octavam partem æris argento miscuerit, non tamen sestertii ac denarii pretium minuit. In aureis quoque frequens, imo frequentior fuit mutatio. Plinius *lib.*

33.

33. ex auri libra quadraginta aureos cusos fuisse refert, postmodum quadraginta quinque, si numeri corrupti non fuerint, ut putat Budæus. Constat sub primis Imperatoribus XLVIII. aut L. cudi solitum: postea sensim pondus adeo decrevisse, ut ex libra auri ferirentur solidi septuaginta duo. Hinc aurei Antoniniani, Valeriani, Philippei, Aureliani apud scriptores historiæ Augustæ, ut alii ab aliis distinguantur: quemadmodum etiam argentei, nempe denarii, his nominibus invicem secernuntur. In tanta pecuniæ mutatione numquam legimus, neque apud Historicos, neque apud veteres Jurisconsultos disputatum, aut dubitatum fuisse, utrum in vetere, an in nova moneta solutio esset facienda. Sueton. *in Nerone c.* 44. *Exegitque ingenti fastidio, & acerbitate nummum asperum, argentum pustulatum, aurum obryzum, ut plerique omnem collationem palam recusarent, consensu flagitantes à debitoribus potius revocanda præmia, quæcumque cepissent.* Quid si debitores propter monetæ mutationem coacti fuissent, non ab Imperatore, sed à privatis creditoribus veterem monetam conquirere? quàm vehementer reclamassent? quàm obstinatè recusassent? Nero non certam speciem monetæ exigebat: poterant solvere nummos æreos, argenteos, aureos: dum ærei essent asperi, hoc est, recens conflati, non usu detriti: alii ex argento, atroque diligenter excocto, puroque, ut nihil esset admixtum; debitores autem ad certam speciem pecuniæ conquirendam fuissent adstricti. Sed nos hac de re certiores facit Sallustius *de Conjur. Catil. Sæpe majores nostri miserti plebis Romanæ, decretis suis inopiæ ejus opitulati sunt. Ac novissimè memoriâ nostrâ propter magnitudinem æris alieni, volentibus omnibus bonis, argentum communi ære solutum est.* Non potest dubitari hic agi de debitoribus ex mutuo, cùm paulò antè acriter questus sit de crudelitate fœneratorum. Hæc pluribus persecutus sum, quia quidam paucis verbis hoc argumentum eludunt, dicentes se non quærere, quid aliquando factum fuerit, sed quid fieri debeat ratione legis, & æquitatis, & legibus, non exemplis, esse judicandum. Quasi non legibus, & ratione cuncta confirmaverimus, sed Poëtarum figmentis, & hoc postremum argumentum legibus non innitatur, sine quibus pecunia mutari non potest.

10 Verùm enim vero ipsi, qui leges à nobis exigunt, nulla lege fulciunt opinionem suam. Etenim *c. quanto de jurejur.* tam alienum est à nostra controversia, quàm quod maximè. Quæsivit à S. P. Petrus Arragoniæ Rex, an posset, aut deberet reprobare falsam monetam Reip. damnosam, quam se minimè reprobaturum juraverat. Quid hoc cum mutui solutione?

11 Nihil pariter momenti est in *c. olim* 20. *de Censib.* Clerici plebis Rupinæ solvebanr Episcopo Spoletano quotannis sex denarios Papienses. Pro quolibet Papiensi cœperunt solvere tres Lucenses, qui erant ejusdem æstimationis, quos Episcopus non invitus accipiebat per text. *in l. creditorem* 99. *ff. de solut.* Postmodum diminuto denariorum Lucensium pretio, adeo ut septem Lucenses cum dimidio conficerent æstimationem unius Papiensis, prosequebantur Clerici solvere tres dumtaxat novos denarios Lucenses in singulos Papienses: reclamavit Episcopus: meritò, quia non poterat cogi ad accipiendos nummos in aliam formam, cùm ex eo damnum passurus est *d. l. creditorem.* Decrevit summus Pontifex, solvendos esse quotannis sex denarios Papienses, vel eorum æstimationem. Denarii Papienses, qui debiti erant, mutati non fuerant, nec extrinsecùs nec intrinsecùs: itaque non hoc erat controversum, sed utrum Clerici præscripsissent jus solvendi tres denarios Lucenses pro uno Papiense, ut liquidò constabit legenti totam constitutionem.

12 Non multò majoris momenti est argumentum, quod ducitur à *c. cùm canonicis penult. de Censib.* nam in eo non exprimitur genus monetæ, neque quod voluerint solvi monetam recens cusam. Colligi tamen potest ex *c.* 3. *antiqu. collect.* 2. relato ab Anton. August. quo idem omnino factum continetur, eademque decisio, cuncta iisdem

ferè verbis. Presbiter pro pensione suæ Ecclesiæ aliquotannis persolverat certam pecuniæ summam: Canonici ab eo exigebant sibi ex integro solvi ex pecunia Parisiensi, quæ majoris erat valoris: itaque volebant augere pensionem. Respondit Urbanus III. Canonicos illos antiquâ pensione contentos esse debere. Nihil ad rem nostram. Nam id versabatur in quæstione, an obtentu pecuniæ Parisiensis liceret Canonicis majorem pensionem exigere, quàm initio fuisset constituta; & huc referuntur illa verba: *solutione prioris pecuniæ, vel si non sit in usu, æstimatione pensionis antiquæ facias manere contentos.* Videndi Anton. Aug. *d. collect.* 3. *c.* 3. & Gonsal. *in hoc c. penult.* qui hoc explicat accuratissimè.

CAPUT XIII.

Ad L. creditor 102. *ff. de solution.*

SUMMARIUM.

1 *Debitor pecuniam offerens, purgat moram, & creditorem recusantem in mora constituit.*
2 *Rei periculum pertinet ad creditorem. Hoc responsum singulare.*
3 *Vulgaris DD. interpretatio rejicitur & n* 4. 5. 6.
4 *Scævola diligentissimus in factis enarrandis, in responsis prudentissimus.*
5 *Mora non committitur si oblatio vel interpellatio non fiat opportuno loco & tempore.*
7 *Mora, quæ creditori non nocet multo minùs debitori potest nocere.*
8 *Æstimatio vel quantitas perire non potest quamvis corpus pereat; eaque semper debetur.*
9 *Non idem est in speciebus in quibus corpus non perit.*
10 *Affertur ratio decisionis nostri textûs.*

1 DIfficilius est, quàm plerique opinantur, Scævolæ responsum in *l. creditor.* 102. *in princ. ff. de solut. Creditor oblatam à debitore pecuniam, ut alia die accepturus, distulit.* Perspicuum est, creditorem in mora esse. Nam etsi debitor ante fuisset in mora, tamen offerendo pecuniam, purgat moram, & in mora constituit creditorem recusantem accipere pecuniam sibi oblatam, *l. illud* 17. *ff. de peric. & comm. rei vend. l. qui decem* 72. *in princ. ff. de solut. l. interdum* 73. *in fin. ff. de V. O. l. sed etsi* 17. *ff. de constit. pecun. l. hujusmodi* 84. §. *si cui homo, ff. de leg.* 1. *l. si pulsus* 105. *ff. de V. O.* His legibus illud etiam continetur, rei periculum ac detrimentum ad creditorem pertinere *l. in re furtiva* 8. *in princ. ff. de condict. furt.* Contrarium tamen in hac le- 2
ge respondit Scævola, detrimentum non esse creditoris, si pecunia, quam debitor obtulit, postea jussu Præsidis tamquam ærosa fuerit sublata. Quam plurimi ex nostris ærosam vocant pecuniam æream. Stultè. Pecunia ærosa est pecunia argentea, vel aurea, cui plurimum æris est admixtum. Plin. *lib.* 34. *cap.* 1. de ære conflando. *Fit & è lapide æroso, quem vocant cadmiam.*

3 Plerique omnes interpretes facillimè ex his angustiis evadunt. Aiunt enim, debitorem non obtulisse pecuniam opportuno loco, & tempore. Mihi verò persuasissimum, eos hariolari, non legem interpretari. Nullum enim verbum est in lege, nulla conjectura, unde hoc assequi possimus. Imò omnia conspirant, ut contrà, ac dicunt, sentire nos cogant. Scævola, qui coryphæus legum pru- 4
dentum à Modestino appellatur in *l. scire oportet* 13. §. *aliud ff. de excus. tut.* & prudentissimus ab Imperatoribus in *C. Theod. tit. de test. l.* 3. diligentissimus est, & profusus in factis enarrandis, & nihil umquam omittit, quod ad solvendam propositam quæstionem conducere possit: expositoque facto secundùm ea, quæ proponuntur, respondet, quid juris sit. Quod si de facto dubitetur, nihil definit: sed respondet de jure non quæri, ut in *l. Seja* 20. *in fin. ff. de inst. vel instrum. legat.* vel facti quæstionem esse. Profectò quicumque consuetudinem respondendi à Scævola semper usurpatam observaverit, non poterit in animum inducere Scævolam in hac lege factum omisisse, ex quo tota causa, & quæstionis resolutio pendet: eò magis, quia nec id quæstionis esset, cùm certum sit moram non committi, si inter- 5
pellatio, & oblatio non fiat opportuno loco, & tempore *l. mora* 32. *ff. de usur.* justa enim

dilatio non inducit moram, nec periculum transfert *l. sciendum 21. cum seq. ff. de usur. l. si pupillus 127. ff. de V. O. l. cum filiusfam. 49. §. ult. ff. eodem.* Num igitur Scævolæ existimationi audemus illudere cum Claudio in *l. à testatore 109. ff. de condit. & dem. Magno ingenii de jure aperto respondit, cùm potest dubitari an in proposito conditio esset?* Ego certè hoc facere non ausim. Quinimò Claudium sine causa Scævolam puto reprehendisse: cùm enim respondit: *hæredem conditioni parêre non posse*: hoc ipso declarat, verba exposita conditionem facere.

Sed omnem tollunt dubitationem postrema responsi verba: *Respondi secundùm ea, quæ proponerentur, nec creditoris, nec tutoris detrimentum esse.* Quid proposuit de creditore? Nempè hoc dumtaxat: creditor oblatam sibi à debitore pecuniam, ut aliâ die accepturus, distulit. De inopportuno loco, & tempore ne verbum quidem. Temerè igitur affirmant, Scævolam respondisse de pecunia oblata tempore aut loco inopportuno. Si hac de re respondit, utique non respondit secundùm ea, quæ proponerentur: quia hæc ibi non proponuntur. Aut igitur falsum est, quod ait Scævola, aut id, quod aïunt interpretes. Constat ergo, Scævolam respondisse simpliciter & absolutè de creditore, qui, ut alia die accepturus, distulit: hoc enim initio legis decidendum proponitur. Et observandum est, quòd creditor non distulit, ut alio loco accepturus, quamobrem fictum est & commentitium, quod de loco inopportuno somniant interpretes. Item quod non distulit, ut accepturus die con-
6 ventâ, & condictâ; sed aliâ die: quæ verba nullum certum diem præstituunt ac definiunt, ut norunt omnes latinè scientes: & ita usurpatur in legibus nostris *l. cum alii C. de curat. fur. l. invitus 156. §. cum quis ff. de R. J. l. si fundum 18. §. si libertus ff. de leg. 2.* Veteres autem J C. cùm de periculo & detrimento rei debitæ pertractant, semper exprimunt diem conventum, præstitutum solutioni, ut in *l. vinum 22. vers si dictum, ff. de reb. cred. l. ult. ff. de condict. tritic. l. magnam C. de contr. stipul. l. qui sine 38. ff. de negot. gest.*

His probatis consequens est nec debitori 7
moram nocere, argumento *l. Arrianus 47. ff. de O. & A. l. 3. in fin. ff. mand.* Nam si mora non nocet creditori, multò minùs nocere debet debitori: si non nocet actori, multò minus reo: est enim hæc quæstio de bono & æquo, *l. si servum 91. §. sequitur ff. de V. O. l. apud 4. §. Marcellus 3. ff. de dol. mal. & met. except.* Magis excusandus est debitor, qui interpellatus non solvit, vel quia in promptu pecuniam non habet, vel quia propter inopiam parare non potest *l. nam 6. ff. de dol. mal.* quàm creditor qui oblatam sibi pecuniam recusat accipere.

Jam verò causam, cur id constitutum fuerit in pecunia numerata, quàm potero planissimè, aperiam. Illud ratum, firmum, fixumque esse oportet, quod in superioribus semper insinuavimus, nummos in contractum mutui, non ratione corporis, sed æstimationis, & quantitatis deduci ex *l. 1. ff. de contrah. empt.* Quocirca id, quod debe- 8
tur, perire non potest, atque adeo nec liberari debitor ab obligatione *l. si ut certo 3. §. etsi fortè ff. commod. l. plerumq. 10. in princ. ff. de jur. dot.* Potest quidem perire corpus nummorum, potest etiam perire totum genus certæ cujusdam pecuniæ, ut in nostra *Leg. Creditor*, ubi pecunia illa, quâ Respublica utebatur, quasi ærosa sublata fuit jussu Præsidis: sed æstimatio quam debet mutuatarius, neque perire potest; sed nec variare, cùm ab initio contracta fuerit obligatio in certa æstimatione, quæ non est affixa huic, vel illi generi monetæ, adeoque eâ peremptâ, vel mutatâ possit, ac debeat in alio genere monetæ solvi ea æstimatio, de qua initio convenit inter contrahentes *l. fundum 28. ff. de novat. c. cum canonicis de Censib.* Frumenti, vini, olei genus 9
perire non potest, quia est à natura, quæ immutabilis est: neque harum rerum certa est æstimatio, quia mutatur in dies: neque in obligationem deducuntur ratione æstimationis, sed corporis. Idcirco frumentum pro frumento, vinum pro vino, oleum pro

oleo restituendum *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.*
& si post moram creverit, vel decreverit
æstimatio, id cedit damno moram facientis,
& alterius emolumento, secundùm pervulgatam regulam: unicuique sua mora nocere
debet *l. in condemnatione* 173. §. *unicuique*
ff. de R. J. Quamobrem ut constet, an ex
mora quisquam damnum patiatur, æstimanda res est eo modo, qui traditur in *l. vinum*
22. *ff. de reb. cred.* in *l. ult. ff. de condict.*
tritic. in *l. si sterilis* §. *cùm per venditorem ff.*
de act. empt. l. 3. §. *in hac ff. commod.* Hæc
autem locum non habent in pecunia numerata, cujus certa est, & à lege præscripta
æstimatio *l.* 3. *ff. de in lit. jur.* atque ideo
ad eam restituendam mutuatarius obligatur,
& eodem modo tenetur post moram, quo
ante moram tenebatur. Debitor enim post
moram, etiamsi fur sit, tenetur in æstimatione rei, si periit *l. in re furtiva* 8. *in princ.*
10 *ff. de condict. furt.* Mutuatarius autem pecuniæ in æstimationem tenetur etiam antè moram, ut in superioribus demonstravimus.
Nihil igitur ei officere mora potest. Nec potest teneri ad id, quod interest, cùm nihil
intersit creditoris, qui recipit æstimationem,
quam dedit *d. l.* 3. *ff. de in lit. jur.* Quapropter sive perempta & sublata fuerit pecunia, sive vilior facta, nullum damnum patitur, cùm ei solvitur æstimatio, quæ ipsi
abest. Nec allegare potest, se potuisse lucrum facere negotiando: hoc enim in mora
non æstimatur *l. si sterilis* §. *cum per venditorem ff. de act empt.* Eadem est ratio creditoris, cui salvum semper est jus suum, sivè
intereat pecunia, sivè deterior fiat tam antè,
quàm post suam moram, quia non interit,
aut fit deterior res debita, cùm ei non debeatur hoc, vel illud nummorum genus,
qui perierunt, aut deteriores & viliores facti
sunt; sed certa æstimatio, certa quantitas,
quæ tempore interire, ac mutari non potest.
Concludam igitur. Omnes controversiæ,
quæ existunt propter interitum, mutationemque monetæ, facillimè explicantur, &
expediuntur, si illud firmum, fixumque teneamus, mutuatarium teneri ad restituendum tantumdem æstimationis, non tantumdem corporis, & materiæ.

CAPUT XIV.

Ad l. qui servum 34. ff. de oblig. & action.

SUMMARIUM.

1 *Dissidium veterum ICtorum circa concursum actionum pœnalium.*
2 *Quid obtinuerit.*
3 *Hujus dissidii in Pandectis multa vestigia.*
4 *Collidi inter se actiones pœnales, tradit Modestinus & Paulus.*
5 *Ulpiani sententia probatur.*
6 *Ex unico facto plures pœnæ luendæ, si plura delicta contineat.*
7 *Idem est, si unicum factum plures contineat injurias.*
8 *Alia est æstimatio damni, alia contumelia.*
9 *Explicatur L. 8. de injur.*
10 *In quo verè Paulus ab Ulpiano dissenserit.*
11 *Quomodo conciliari possint.*
12 *Utrâque actione nos experiri posse, quomodo intelligatur.*

NOn potest dubitari, varias, ac dissi- 1
dentes fuisse veterum Jurisconsultorum
opiniones circa concursum actionum pœnalium, ac mixtarum: an se invicem eliderent, atque consumerent. Hac de re dubium controversumque jus fuisse fatetur
Paulus in hac Lege in principio, ubi varias
recenset opiniones. Luculentior testis est
Hermogenianus in *l. cùm ex uno* 32. *ff. eod.*
Cùm ex uno delicto plures nascuntur actiones,
sicut evenit, cùm arbores furtim cæsæ dicuntur, omnibus experiri permitti post magnas
varietates obtinuit. Demonstrant hæc verba
diu multumque sententiis fuisse variatum
apud antiquiores Jurisconsultos. Cùm autem
Hermogenianus floruerit imperante Diocletiano, videlicet multò post Paulum & Ulpianum, & alios ejus sæculi Jurisprudentes,
ambigendum non est, eo sæculo auctores
juris in magna varietate, ac dissensione
fuisse; tandem verò obtinuisse sententiam
eorum, qui existimabant permittendum esse
actori omnibus actionibus experiri. Atque 2
id approbavit legislator noster *in l. si quis*
servo 20. *C. de furt.* & in §. *ult. instit. tit. si*

quadrup. pauper. fec. dic. in quo unicum est factum & unicum delictum, & tamen utraque actio potest exerceri, utraque pœna exigi. Licet enim duo facta videri possint, duo delicta: alterum detinendi animal noxium, qua vulgo iter fit, quod edicto ædilium prohibetur: alterum nocendi, & damnum dandi: tamen unicum est delictum damni dati, quia tam lege duodecim tabularum quàm ædilitio edicto, punitur solummodò damnum datum ab animalibus *l. qua vulgo* 32. *ff. de ædilit. edict.*

3 Verumtamen quamvis jamdiù fuisset explosa sententia eorum, qui putabant actiones invicem collidi, atque consumi, tamen juris nostri conditores multa in Pandectis hujus dissidii vestigia reliquerunt. Modestinus enim in *l. plura delicta* 53. *ff. de oblig. & action.* contra sentit. *Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse nos omnibus uti probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodò, non omnibus utendum est.*

4 Paulus quoque in nostra *l. qui servum* 34. *in princ. ff. de obl. & action.* proponit servum alienum injuriosè verberatum, & ait competere quidem utramque actionem, & injuriarum, & legis Aquiliæ: an autem altera alteram consumat, duas refert opiniones, ac neutram probat, statuitque alteram quidem actionem ab altera non excludi, sed actorem posteriore actione id tantummodò, quod in ipsa amplius est, consecuturum.

5 Contra Ulpianus in *l. item apud Labeonem* 15. §. *si quis servo* 46. *ff. de injur.* idem factum proponit, & multò aliter respondet: ait enim: *Si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuria agat, Labeo scribit eamdem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.* Quasi dicat non eamdem rem petere, aut exigere, qui post injuriarum actionem agit ex lege Aquilia: adeoque non facere contra dispositionem textûs in *l. bona fides ff. de R. J.* ad cujus normam dirigenda est tota ratio harum actionum in judicium deducendarum: & rectè quidem, ut mea fert sententia. Quid enim commune habet contumelia cum damno? Dominus servi duplex incommodum sustinet, detrimentum existimationis, & damnum rei familiaris. Quid causæ est, cur non utrumque ei sarciri, ac refici debeat? Injuriosè verberans servum alienum duo delicta committit inter se distincta, ac separata: lædit existimationem domini, lædit & ejus rem familiarem in corpore servi facto deteriore: quidni igitur subeat pœnam utriusque delicti? cur delictum ei præstare debet impunitatem alterius delicti? Neque hæc duo delicta inter se miscentur, & confunduntur. Si injuriam servo fecisset, solveret integram æstimationem injuriæ, & contumeliæ domino illatæ, quamvis servi corpus nulla in parte læsisset. *l. item apud Labeonem* §. *itaque prætor* 44. *cum* §. *antec. ff. de injur.* Si damnum culpâ suâ dedisset in corpore servi sine ulla domini injuria, integrum damnum sarcire teneretur: *l. si quis servum* 27. §. *tertio autem capite ff. ad Leg. Aquil.* §. *illud palam instit. tit. eod.* Ergo & si hæc duo delicta simul conjunxerit, utriusque pœnam debet persolvere; delictum enim non minuit aliud delictum *l.* 2. *ff. de priv. delict.*

Quid? quod explorati juris est, quod 6 quoties unum idemque factum duo delicta diversa, atque distincta comprehendit, reus tenetur utriusque delicti pœnam persolvere. Ulpianus in *l. Neratius* §. *quamvis ff. de servo corrupt. Quamvis autem rerum subtractarum nomine servi corrupti competat actio, tamen & furti agere possumus, ope enim & consilio sollicitatoris videntur res abesse: nec sufficit alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit.* Unicum est factum sollicitationis, sed duo continet delicta, quibus dominus damno afficitur: furtum rerum, & servi corruptelam; igitur utriusque pœnam reus persolvat necesse est. Quas pœnas persolvere debet, etiamsi verè neque servus fuerit corruptus, neque furtum admissum *l. si quis servo* 20. *C. de furt.* §. *sed etsi instit. tit. de obligat. quæ ex quasi delict. nasc.*

Idem Ulpianus in *l. qui servandarum* §. 1.

ff. de præscrip. verb. Sed etsi servum quis alienum spoliaverit, isque frigore mortuus sit: de vestimentis quidem furti agi poterit: de servo vero in factum agendum; criminali pœna adversus eum servata. Et hîc est unicum factum spoliationis, duo verò delicta, furtum, & homicidium.

Papinianus in *l. inter liberas 6. in princ. ff. ad Leg. Jul. de adulter. Quod autem attinet ad servas stuprum passas, & Legis Aquiliæ actio facilè tenebit, & injuriarum quoque competit, nec erit deneganda quoque Prætoria actio de servo corrupto, neque propter plures actiones parcendum erit in hujusmodi crimine reo.* Unico facto tria delicta continentur, injuria, damnum, ancillæ corruptela: & singula detrimentum domino afferunt, & ideo omnium pœnam debet consequi dominus. Concurrit hîc actio Legis Aquiliæ cum actione injuriarum, nec altera alteram minuit, nisi quis dicat hoc evenire propter atrocitatem criminis: ibi: *in hujusmodi crimine.* Sed hoc addit Papinianus ad confirmandam sententiam, & tollendam omnem dubitationem; non quod id sit in hoc crimine singulare. Ut enim si eodem facto duo crimina contineantur, super utroque debet judex cognoscere, & de utroque sententiam ferre, ac reum condemnare *l. qui de crimine 9. C. de accusat.* ita & in privatis delictis, in quibus pariter est constitutum, ut delictum ob aliud delictum pœnam non minuat, *l. 2. in princ. ff. de privat. delict.*

7 Nec aliter est constitutum in delicto injuriarum. Nam si ex unico facto duæ pluresve promanent injuriæ, omnes vindicandæ, omnium pœna subeunda, etiam si ejusdem generis sint delicta. In *l. 1. §. ult. ff. de injur.* Ulpianus. *Idem ait Neratius: ex una injuria interdum tribus oriri injuriarum actionem: neque ullius actionem per alium consumi, ut puta, uxori meæ, filiæfamilias injuria facta est: & mihi, & patri ejus, & ipsi injuriarum actio incipit competere.* Idem Neratius in *l. pater 42. ff. eod. Pater, cujus filio facta est injuria, non est impediendus, quominùs duobus judiciis & suam injuriam persequatur, & filii.* Addit Justinianus in *§. patitur inst. tit. de injuriis*, aliquando quatuor personis ex una injuria oriri actionem injuriarum: nam si maritus cujus uxori facta est injuria, sit in potestate patris, etiam ipse pater mariti seu socer filiæfam. cui allata est injuria, habet actionem injuriarum.

Neque ullius momenti est ea ratio, quam 8 refert Paulus in laudata *l. qui servum. Quoniam desiit bonum, & æquum esse, condemnari eum, qui æstimationem præstitit.* Quam enim æstimationem præstitit? nempe damni, non injuriæ: alia autem est æstimatio damni, alia contumeliæ, *l. item apud Labeonem, §. si quis servo, ff. de injur.* Imo nihil commune habet æstimatio damni cum æstimatione injuriæ. In damno æstimatur, quantum res ipsa, in qua damnum datum est, deterior facta est; & hæc æstimatio semper eadem est, neque crescit, aut decrescit pro conditione domini, qui damnum passus est. *§. capite tertio cum seq. inst. tit. de Lege Aquil. l. si servus. 27. §. tertio autem ff. eod.* In injuria autem æstimatur detrimentum æstimationis domini, & hæc æstimatio non in omnibus dominis eadem est, sed crescit pro conditione, ac dignitate dominorum; imo & pro conditione ejus, qui injuriam intulit, & pro qualitate ipsius servi. *§ pœna in fin. & §. atrox instit. tit. de injur.* Damnum æstimatur secundùm veritatem, injuria secundùm opinionem, & æstimationem ejus, qui injuriam passus est. *d. §. pœna.* nam damnum in re, injuria in opinione consistit. Quæ igitur ista æquitas est, ut qui præstitit æstimationem alterius omnino diversæ, non de- 9 beat alterius æstimationem præstare? Multò rectiùs igitur responderunt Imperatores Diocletianus, & Maximianus in *l. dominum 8. C. de injur. Dominum pro atroci injuria, quam servus ejus passus est, edicti perpetui actione proposita, qua damni etiam haberi rationem, verbis evidenter exprimitur, agere posse convenit.* Vix admitti posse videtur edicto nominatim fuisse comprehensum, ut in actione injuriarum damni etiam ratio haberetur. Quid est enim, quod quidam putabat eum, qui agit injuriarum, posse postea

agere actione legis Aquiliæ: contra verò qui ag'r actione legis Aquiliæ, non posse postea agere injuriarum? Si illud fuisset expressum in edicto, contrarium potius fuisset statuendum: nec poterant in controversiam vocari, quæ disputat Paulus in nostra *lege*, *qui servum* 34. *in princ.*

Ex his eo certius apparet verissimum esse, quod tradidit Ulpianus in laudata *l. item Labeo.* §. *si quis servo ff. de injur.* nempe quod in actione injuriarum, qua agit dominus pro injuria facta servo duæ fieri debent æstimationes, altera damni, altera contumeliæ: non exigit eamdem rem, qui utrumque exigit. Itaque meo judicio ita se res habet. Cùm solum atrox verberatio servi redundet in contumeliam domini, & pro ea vindicanda injuriarum actionem habeat. §. *servis instit. tit. de injur. l. item apud Labeonem.* §. *prætor ait: qui*, 34. *ff. de injur.* & injuria crescat ex atrocitate damni, ex conditione servi pulsati aut verberati. §. *pœna*, *instit. tit. de injur.* vix fieri potest justa, ac legitima injuriæ æstimatio, nisi simul fiat æstimatio etiam damni. Cùm igitur hæ duæ æstimationes sint adeo inter se conjunctæ atque connexæ, judex utriusque rationem habere debet petente id actore, cujus plerumque non interest postea rursus novum judicium instituere, & agere actione Legis Aquiliæ. Quamobrem si actor cavere paratus sit, se postea Legis Aquiliæ actione non acturum, judex in utramque æstimationem debet reum condemnare. *l. si à domino* 36. §. *si possessor ff. de pet. hered.* Ibi: *Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliæ, omissa ejus rei æstimatione à judice.* Et in *l. non solum* 13. *cum seq. ff. de rei vindic. Unde quæritur, an non alias judex æstimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliæ: & Labeo putat, cavere petitorem oportere lege Aquilia non acturum, quæ sententia vera est. Quod si malit actor potius actione legis Aquiliæ uti, absolvendus est possessor.* Facit *text. in l. unde quæritur* 7. §. 1. *vers. nam etsi adversus, ff. commod.* Prætor igitur edicto cavebat, ut si actor mallet in ipso injuriarum judicio damnum æstimari, quàm postea agere Lege Aquilia, posset id consequi; nam & de damno formulam præscriptam habebat, ad quam litem accommodabat. Eleganter Cic. *in Oratione pro Roscio Comœdo. Expressæ sunt enim ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria publicæ à Prætore formulæ, ad quas privata lis accommodatur.*

Et hanc esse germanam sententiam Cæsarei rescripti in laudata *l. dominum*, *C. de injur.* nullus dubito: cui non adversantur ea quæ traduntur à Paulo in nostra *l. qui servum in princ.* de danda actione Legis Aquiliæ post actionem injuriarum. Prætor enim jubebat æstimari damnum in judicio injuriarum, ejusque rationem haberi volente actore: cæterum si actor ex causa damni mallet agere actione Legis Aquiliæ, & novo judicio damnum persequi; id Prætor minimè prohibebat. In eo fuit nimio plus lenior Paulus, quod putavit, reum non in utramque æstimationem condemnandum, sed solum in id, quod amplius est in actione Legis Aquiliæ, qua in re ab aliis, ac præsertim ab Ulpiano dissensisse non ambigo, qui duas æstimationes faciendas esse statuit, unam damni, alteram contumeliæ, tum in laudata *l. item apud Labeonem* §. *si quis servo ff. de injur.* tum in *l. sed etsi quacumque* 5. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* cujus sententiam probarunt Imperatores in laudata *l. dominum*, *C. de injur.*

Verumtamen quoniam jus nostrum contrariis, & pugnantibus legibus conflatum esse non debet, malo nimis ingeniosus in interpretando videri, quàm minus religiosus in affirmando, contraria Jurisconsultorum responsa Pandectarum conditores ingessisse. Tentari igitur potest potest, non dissidere Paulum, & Ulpianum: licet enim in actione injuriarum facienda sit æstimatio tum contumeliæ, tum etiam damni dati in corpore servi, & utriusque ratio habenda sit à judice, laudata *l. dominum C. de injur. l. item apud Labeonem.* §. *si quis servo ff. de injur. l. sed etsi* 5. §. 1. *ff. ad Leg. Aquil.*

9 *Desideratur optimorum Codicum fides pro Lectione* non remanere.

1 Rursus nobis res est cum Paulo quoad responsum ejus in eadem *l. qui servum* 34. §. *ult. ff. de obl. & act.* cujus finem utro modo legas, in maximas difficultates incurres. Nam si legas, *non remanere*, pugnat Paulus cum omnibus aliis Jurisconsultis: Si vero legas *remanere*, pugnat ipse secum, sibique non constat, & ratio est contraria dicto. Verba Legis hujusmodi sunt: *& quidem post Legis Aquiliæ actionem utique commodati finietur: post commodati, an Aquiliæ remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est, remanere, quia simplo accedit, & simplo subducto locum non habet.* Agit hic Paulus de commodatario qui rupit vestimenta commodata, adversus quem commodator habet cum actionem commodati, tum actionem legis Aquiliæ: ac de eodem agit Ulpianus in *l. Unde quæritur* 7. *in fin. ff. commod.*

2 Si legas *non remanere*, non potuit planiùs explicare sententiam suam Paulus. Cùm enim id, quod est in repetitione tringinta dierum, accedat simplo, subducto simplo, quod consequutus est actor actione commodati, amplius peti non potest: sublato enim principali non subsistit accessorium *l. cum principalis ff. de reg. Jur.* Apparet hoc in usuris ex mora debitis, quæ cùm sint accessio sortis, amplius peti non possunt, si reus ad solvendam sortem fuerit condemnatus *l.* 4. *C. depos. l. in bonæ fidei* 13. *C. de usur.* ac multò minus si sors fuerit exsoluta. *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *ff. de action. empt.* sive alio modo sublata sit actio sortis. *l. eos in princ. C. de usur.* Atque hoc eo certius est in proposita specie, quia quod amplius est in repetitione triginta dierum, non est quid distinctum ac separatum à damno, quod actione commodati consequutus est actor; sed cum eo est adeo conjunctum atque connexum, ut constituat unum idemque damnum, licet paulo plenius ac pinguius. Nam in utraque actione damnum, quod passus est commodator, æstimatur: in actione commodati æstimatur, quanti est in præsens: in actione Legis Aquiliæ, quanti pluris fui triginta diebus proximis: atque adeo eadem est æstimatio damni plerumque quidem æqualis, interdum verò aliquanto major æstimatio, quæ fit ex Lege Aquilia. Vix est igitur, ut possit id, quod pluris est, à toto damno separari, eoque præstito peti aut deberi. Facit ad rem optimum Labeonis responsum in *l. Labeo* 17. *ff. quem. servit. am.*

Non alia de causa existimaverim, veteres 3 Jurisconsultos, cùm agunt de actionibus mixtis, quæ cum aliis confligunt & colliduntur, sæpissime uti exemplo actionis Legis Aquiliæ: nam in actione vi bonorum raptorum & ejusmodi cæteris, res est multò expeditior, cùm in iis pœna distincta sit à simplo. Ac si obligatio ex Lege Aquilia non esset omnino distincta ab obligatione commodati; utique actio Legis Aquiliæ non remaneret. *l. plura delicta versic. nam si ex una ff. de oblig. & act.* aut si actione Legis Aquiliæ quis peteret solum residuum, quod superest, detracto damno præsenti, quod obtinuit actione commodati: hoc enim subducto simplo locum non habet, ut rectè respondit Paulus, quia simplo accedit, & cum eo ita commixtum est & insitum, ut unum constituat.

Sed hac lectione admissa confligit Paulus 4 cum Ulpiano *in l. unde quæritur* 7. *in fin. ff. commod.* & *in l.* 2. §. *quæsitum ff. de privat. delict.* Sed hoc minimè mirum esset; Paulum enim ab Ulpiano dissensisse hac in re supra animadvertimus. Sed in eadem sententia videtur fuisse Gajus in *l. in rebus* 18. §. *commod. Sive autem pignus, sive commodata res, sive deposita, deterior ab eo qui acceperit, facta sit; non solùm istæ sunt actiones de quibus loquimur, verùm etiam Legis Aquiliæ: sed si qua earum actum fuerit, reliquæ tolluntur.* Nihil clarius. *Si qua earum fuerit*: nempe aut pignoratitia, aut commodati, aut depositi: ergo actio commodati & aliæ similes rei persequutoriæ consumunt ac tollunt actionem Legis Aquiliæ. Idem tamen Gajus in *l. penult. ff. de vi bonor. raptor.* contrariam sententiam amplecti videtur: hæc enim actio habet pœnam distinc-

tam à simplo, nempe à re rapta, nam triplum, quod pœna est, cum simplo non confunditur. Iniquum igitur esset raptorem delicti pœnam non persolvere *l. ita vulneratus* 51. *ff. ad Leg. Aquil. l. si à reo* 70. §. *ult. ff. de fidejus. l. Stichum* 95. §. 1. *verf. sanè ff. de solut.* Hoc autem in l. Aquilia non est adeo expeditum, cùm in ea plerumque pœna confundatur cum ipsa re: quod non ita esset, si actori aliquod damnum extrinsecus accidisset, veluti si ob mortem servi legatum, vel hereditatem amisisset, ut in laudata *l. ita vulneratus ff. ad Leg. Aquil.*

5 Verumtamen, ut Paulum cum Ulpiano conciliemus, dici potest, in nostra *l. qui servum.* §. *ult.* Paulum solummodo quærere, an post commodati actionem remaneat actio Legis Aquiliæ in eo quod in repetitione triginta dierum amplius est: hæc enim sunt ipsa Pauli verba. Rectissime autem respondet in hoc *non remanere*, quia simplo accedit, & simplo subducto locum non habet. Non poterit igitur actor post commodati actionem intendere, ut sibi præstetur, quod amplius est in repetitione triginta dierum: sed agere debebit simpliciter actione Legis Aquiliæ, ut sibi damnum sarciatur, & probato damno debebit illud æstimari, prout æstimatur in Lege Aquilia: judex tamen ex hac æstimatione damni deducere debebit æstimationem quam actor obtinuit actione commodati, & in reliquum condemnare. *l.* 1. *ff. arbor. furt. cæsar. l. quoties* 41. §. 1. *ff. de obl. & act.*

Quantum autem attinet ad Gajum in *l in rebus* 18. §. 1. *ff. commod.* tentari potest, verba illa: *Si qua earum actum fuerit, aliæ tolluntur*, referenda esse ad actionem Legis Aquiliæ, de qua in postremis verbis, quæ hæc antecedunt, egerat: quasi dicat: sed si hac actum fuerit, hoc est, actione Legis Aquiliæ, tolluntur aliæ, videlicet actiones depositi, commodati, pignoris, de quibus paulò ante egerat. Nam si verba illa generaliter accipiamus de quacumque actione, vel depositi, vel commodati, vel pignoratitia, absurdè dicitur, quod aliæ tolluntur. Nam tollitur tantummodo una Legis Aquiliæ actio. Si depositi egero, tollitur solum Legis Aquiliæ actio: idem si egero commodati vel pignoratitia: actio Legis Aquiliæ cum omnibus aliis concurrit; contra verò aliæ concurrunt cum sola Legis Aquiliæ actione: ideoque actio Legis Aquiliæ tollit omnes alias; aliæ verò non possunt tollere nisi unam Legis Aquiliæ actionem. Igitur Gaji sensus est, quod cum actione depositi, cum actione commodati, cum actione pignoratitia concurrit etiam actio Legis Aquiliæ, ita tamen ut si hac actum fuerit, illæ tollantur.

Quod si cui nimis violenta videatur hæc 6 interpretatio, dici potest, quod si una actum fuerit, aliæ tolluntur quoad rei persecutionem, non quoad damnum, ut indicatur in *l. sed actione* 50. *in fin. ff. pro soc.* quia utraque actio ad rei persecutionem respicit. Res igitur ita habet. Si actor prius egerit actione Legis Aquiliæ, tolluntur aliæ rei persequutoriæ, quia rem ipsam consequutus est, nec bona fides patitur, ut eamdem rem bis exigat. *l. nemo exhib.* 43. §. 1. *ff. de reg. jur.* si verò noluerit agere actione Legis Aquiliæ, sed elegerit actionem rei persequutoriam, vel quia actio Legis Aquiliæ pinguior non sit, ut plerumque accidit, vel quia non possit probare damnum injuriâ datum ab ipso reo, ut requiritur in actione Legis Aquiliæ, *toto tit. instit. de Lege Aquilia*: vel quia plus dispendii habitura sit hæc probatio quàm compendii actio ipsa: tunc electa actione persequutoria, si petat in ea damnum æstimari, æquum est, ut renunciet actioni Legis Aquiliæ, idque officio ju- 7
dicis continetur. *l. si a domino* 36. §. *si possessor ff. de petit. heredit. l. non solum* 13. *cum l. seq. ff. de rei vindicat. l. si merces* 25. §. *ipse quoque ff. locat. l. unde quæritur.* 7. §. 1. *versic. nam etsi adversus ff. commod.* Quod si adversarius id non petat, aut ipse adversario petente nolit cavere, se non usurum actione Legis Aquiliæ, poterit ad hanc confugere, ita tamen ut ea agendo hoc minus consequatur, quam consequutus est actione persequutoria ut rectè traditur ab Ulpiano in laudata *l. unde quæritur in fine ff. commod.*

Tollitur igitur actio Legis Aquiliæ per actionem rei persequutoriam non ipso jure, sed ope cautionis ab actore præstandæ, quam utique subterfugere non debet actor, cùm etiam ejus intersit, unico judicio rem terminare, maximè quia potest eligere actionem Legis Aquiliæ, si putet eam sibi magis expedire. Et hâc ratione non semel traditum est, cum unâ actione contentum esse debere, ut in *l. sed etsi* 18. *ff. ad Leg. Aquil.* in *l. si vulneraveris* 45. *ff. locat.* in *l. sed actione* 50 *ff. pro soc.* idque officio judicis contineri. *d. l. si vulneraveris.*

8 Atque hæc dicta sint pro sententia eorum qui legendum putant *non remanere*. Quod si legendum sit *remanere*, ut in Pandectis Florentinis & optimis aliis exemplaribus legitur, videtur Paulus ipse secum pugnare, & ratio esse contraria dicto: nam si subducto simplo locum non habet Legis Aquiliæ actio, & simplum jam subductum fuit per actionem commodati, sequitur, ut Legis Aquiliæ actio locum non habeat, ac eoque non remaneat post actionem commodati. Quod si cum doctissimo Cujacio alteram negationem detrahamus, *& simplo subducto locum habet*: nihilominus sibi non constat Paulus: nam si quod amplius est in repetitione triginta dierum accedit simplo, consequens est, ut eo subducto locum non habeat id, quod accedit, secundum vulgatam regulam traditam in *l. cum principalis* 178. *ff. de reg. jur. in c. accessorium de reg. jur. in* 6.

Vix defendi potest, retentâ eâ lectione, Pauli sententia, nisi verba illa *simplo subducto* aliter atque hactenus accepta fuerunt, interpretemur. Cogitandum est ac perpendendum, an illa verba non, *detracto demptoque simplo* significent, sed *simplo computato connumeratoque*. Subducere est computare, numerare, summam colligere, seu addendo, deducendoque videre, quæ summa fiat. Cic. *Lib.* 1. *epist. ad Lentul. Rationibusque subductis summam feci cogitationum mearum.* Donatus ad illud Terentii in *Adelph. Nunquam ita quisquam benè subducta ratione ad vitam fuit*, &c. ita rectè explicat. *Ducere est digitis computare. Sed ducere est apud alium & palam: subducere apud se ipsum, & secreto: quo magis in verbo isto majoris attentionis, & diligentiæ signum est.* Cic. 2. *de Finibus. Quid fortes viri? voluptatumne calculis subductis prælium ineunt, sanguinem pro patria profundunt?* Eleganter Catull. in *Nupt. Juliæ & Manlii*:

Ille pulvis Erythræi
Siderumque micantium
Subducat numerum prius,
Qui vestri numerare vult
Multa millia ludi.

Cic. ad *Atticum lib.* 5. *ep.* 21. *Adsidunt, subducunt, ad nummum convenit.* Admissâ hâc interpretatione omnia rectè procedunt. Quærit in ea Lege Paulus, an post commodati actionem, Legis Aquiliæ actio remaneat in eo quod in repetitione triginta dierum amplius est: & ait remanere, quia hoc simplo accedit. Licèt actor simplum jam fuerit consequutus actione commodati, tamen hoc quod simplo accedit, consequutus non est. Cùm autem simplum sit totum id, quod actori abest, nec pœnam ullam comprehendat; id verò quod simplo accedit totum pœna sit; & æquitas, & ratio suadet, hoc etiam actorem consequi debere *l. si à reo* 70. §. *ult. ff. de fidejus.* ne maleficium maneat impunitum *l. Stichum* 95. §. 1. *vers. sane ff. de solut.* Eadem pariter æquitas & ratio suadet id ipsum à reo persolvi debere, cùm sit absurdum, neminem delicti pœnam subire, & legem, quæ pœnam imposuit, eludi. *l. ita vulneratus* 51. §. *vers. quod si quis ff. ad Leg. Aquil.*

Verum quia actio, quam tribuit actori damnum passo Lex Aquilia, comprehendit tam simplum quàm id quod ipsi accedit, actor, qui simplum jam consequutus est, hac actione ita uti debet, ut non utrumque exigere, & consequi velit, sed tantummodo id, quod simplo accedit, cùm simplum jam per aliam actionem sit consequutus. Nam bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *l. bona fides* 57. *ff. de reg. jur.* Quapropter si velit actor computare etiam

simplum, atque illud rursus exigere, non habet locum hæc actio: quoties enim duæ concurrunt actiones ejusmodi rei nomine, una quis experiri debet. *l. nemo ex his* 43. §. 1. *ff. eod.* Quoad simplum autem ambæ concurrunt ad eamdem rem tam actio commodati quàm Legis Aquiliæ, & ideo una tantum experiri debet, & cùm expertus jam sit actione commodati, altera locum non habet, cùm nihil ei absit *l.* 2. §. 1. *in fin. ff. de tutel. & rat. dist. l. plura* 53. *in princ. vers. nam si ex una ff. de oblig. & act.* Igitur computato & connumerato simplo, locum non habet actio Legis Aquiliæ, inspecto scilicet effectu, cùm ad ipsum exigendum inanis sit, & omnino inutilis. Atque ita planissimè apertissimeque videntur explicari posse illa verba: *simplo subducto locum non habet.* Libentius tamen legerem *non remane-*
9 *re*, si optimorum Codicum auctoritate niteretur: sic enim expedita esset & perfacile currens oratio, & à mente Pauli non abhorrens sententia, qui in concursu actionum ab Ulpiano dissensisse videtur.

CAPUT XVI.

Ad L. jam hoc jure 4. §. sed si alter ff. de vulg. & pupill.

SUMMARIUM.

1 *Proponitur regula & occasio de ea differendi.*
2 *Fundamentum regulæ sumptum ex Constitutionibus de substitutione reciproca imparibus facta, quæ in eum tantùm casum facta censetur, in quem utrisque substitui poterat. & n. 3. 4.*
5 *In testamento militis inducitur substitutio in utrumque casum, si constet de ejus voluntate; si secus, sola vulgaris.*
6 *Filio naturali in pupillari ætate decedenti non succedit filius legitimus ei per reciprocam substitutus.*
7 *Partem quam quis obtinuit in institutione, eamdem obtinet in substitutione. Explicatur l. servus 67. §. 1. ff. de leg. 1.*
8 *Legato dulcium non continentur esculenta, si testator utatur verbis quæ determinent solas potiones.*
9 *Limitatio adjecta ad unam speciem legatam ad alteras quoque porrigitur.*
10 *Respondetur contrariis. & n. 11. 12.*

Est omnium sermonibus celebratum cum in circulis & suggestis, tum in foro illud effatum: *verbum plura determinans, cuncta pariter, æqualiterque determinat*: seu, ut vulgo aiunt; *determinatio respiciens plura determinabilia, ea pariformiter determinat.* Verissimum id profectò est, sed tamen multi eo abutuntur, & quandoque accommodant ad voluntatem & dispositionem, cui convenire non potest. Idcirco accuratè hac de re à nobis est disserendum. Ac primum hujus regulæ veritatem perspicuè demonstrabi- 1
mus: deinceps, quando ea sit adhibenda, dicemus.

Fundamentum hujus regulæ firmissimum 2
est in *l. jam hoc jure* 4. §. *sed si alter ff. de vulgar. & pupill.* In principio ejus legis ait Modestinus: *Jam hoc jure utimur ex divi Marci & Veri constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur*: subdit deinceps, *quòd si pater duos filios impuberes hæredes instituat, eosque invicem substituat, in utrumque casum factam fuisse reciprocam substitutionem, D. Pium constituisse.* En! Imperatorum constitutionibus confirmatum, quod substitutio impuberi facta, sive simpliciter, sive expressè in unum casum, in utrumque casum facta censeatur. Nihilominus tamen si testator habeat duos filios, alterum puberem, alterum impuberem, eosque hæredes instituat, & invicem substituat, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem Severus & Antoninus constituerunt, ut refert Modestinus in nostro §. *sed si alter*; cujus constitutionis rationem affert: *incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris.* Verbum *substituo* licèt in impubere utramque substitutionem inducat, & ex propria verbi significatione, quia verbum commune est utrique substitutioni congruens, & ex constitutionibus Imperatorum: tamen cùm in pubere non possit inducere substitutionem pupillarem, quia ejus incapax est; nec eam inducit in impubere, licèt ejus capax sit. Quo efficitur, quòd idem verbum eodem

modo determinat tam puberis, quàm impuberis substitutionem.

3 Idem confirmat Imperator Alexander in *l. 4. C. de impub. & al. substit.* ubi constituit, quod licèt verba: *Si heres non erit.* in impubere comprehendant, etiam pupillarem substitutionem, tamen si pater filio suo impuberi, & uxori suæ hæredibus institutis Publium substituerit, *si heredes non erunt*, in eum tantùm casum factam substitutionem, quo utrique substitui potest, videlicèt in vulgarem. Neque id ipse de novo constituit: sed respondet, *id esse manifestum*: nempe quia verba illa, *si heredes non erunt*, quæ ad utrumque referuntur, non possunt in uno solam vulgarem, in altero utramque substitutionem inducere. Idem Alexander in *l in testamento 6. in princ. C. de testam. milit.* ait, id & sententiis prudentium virorum, & divorum parentum suorum constitutionibus placere.

4 Id autem Severus & Antoninus constituerunt in *l. 2. C. de impub. & al. substit.* Ibi: *propter eorum personam, quibus in unum casum dumtaxat substitui potest, etiam in filio idem servari debere, & ratio suadet, & divus Marcus constituit.* Ratio suadet, ne eadem determinatio plura inæqualiter, & non eodem modo determinet, quod rationi omnino repugnat.

5 Sed magis dilucidè perspicueque probat, quod volumus, Alexandri responsum in laudata *leg. in testamento in fin. C. de test. militis.* Miles potest verbis civilibus, hoc est, directè substituere in secundum casum etiam ei, qui pubes est *l. centurio 15. ff. de vulg. & pupill. l. 5. & l. miles 41. ff. de milit. testam.* Si hæc substitutio fiat à Pagano, est omnino inutilis, nam substitutus nullo jure admittitur, neque ut substitutus, neque ut fideicommissarius, neque ut cohæres *l. verbis civilibus 7. ff. de vulg. & pupill. l. in pupillari 14. ff. eod.* si fiat à milite, valet, sed substitutus capiet tantummodo bona militis cum fructibus inventis in hæreditate, non autem bona propria ejus, cui substitutus est: *d. l. centurio.* Igitur miles habens filiam parvulam, simul cum Titio eam hæredem instituit, eosque invicem substituit. Filia post aditam hæreditatem in pupillari ætate decessit. Mater defunctæ ad intestatæ filiæ successionem pervenire contendebat. Titius frater militis, à quo fuerat substitutus, ex substitutione petebat hæreditatem. Videbatur eam jure petere, quia militibus licèt etiam extraneis, postquam hæredes extiterunt, substituere *d. l. in testamento in fin.* & *d. l. miles 41. in princ. ff. de testam. milit.* Respondit tamen Alexander Imperator, quod Titius ex substitutione non potest admitti, nisi probaverit eam fuisse fratris sui militis voluntatem. Quid ita? quia sicut fratre Testatoris adeunte statim expirat ejus substitutio jure communi *l. 3. C. de hered. inst. l. post aditam C. de imp. & al. subst.* ita debet expirare altera substitutio facta filiæ, ea adeunte. Cùm enim non possit esse nisi vulgaris in Fratre, in Filia quoque vulgaris esse debet, ne diversa sit & dissimilis determinatio. Potest quidem Miles jure speciali & ex privilegio utrique in secundum casum substituere, ut diximus; sed substitutus probare debet, hoc voluisse Testatorem, ut in hac *l. in testamento in fin.* & in *l. precibus 8. C. de impub. & aliis subst.* Ibi: *vel expressa, vel compendio*, &c. Quod autem ad nostram attinet, utroque casu eadem est tam in filia, quàm in extraneo determinatio: si constet de voluntate militis, duplex inducitur in utroque substitutio; sin secus, in utroque sola vulgaris.

Eodem pertinet Pauli responsum in *l. Lucius Titius 45. ff. de vulg. & pupill.* Lucius Titius duos filios habebat, alterum legitimum, alterum naturalem; utrumque hæredem instituit, & invicem substituit. Filius legitimus intra pubertatem decessit, alter filius naturalis ex pupillari substitutione petebat hæreditatem: mater defuncti filii eamdem petebat ab intestato. Admittitur mater, excluditur naturalis filius: deficit enim pupillaris substitutio, quia verbum *substituo* solam vulgarem continet, cùm pater filio naturali non posset pupillariter substituere, quia eum non habebat in potestate *l. 2. in princ. ff. de vulg.* Quamobrem in utroque 6

substitutio vulgaris tantummodo est, ne eadem verba in altero duplicem, in altero unicam tantùm substitutionem comprehendant, & diverso modo pro diversitate personarum accipiantur.

7 Jam verò transeamus ad alia. Si quis plures hæredes instituerit, distributis inter eos partibus hæreditaris, eosque invicem substituerit, eadem distributio partium æqualiter determinat tam institutionem, quàm substitutionem: & quam quisque partem obtinuit in institutione, eamdem obtinet in substitutione *l. si in testamento* 5. *l. liberis* 8. *in fin.* cum *l. seq. l. si plures* 24. *l. qui complures* 32. *ff. de vulg. & pupill. l.* 1. *C. de impub. & al. substit.*

Sed videtur contrarium à Cajo definitum in *l. servus* 67. §. 1. *ff. de leg.* 1. si ex pluribus hæredibus ex disparibus partibus institutis duobus eadem res legata sit, hæredes non pro hæreditaria portione, sed pro virili legatum habere debent.

Facilis est & prompta responsio. Determinatio, quæ spectat ad institutionem, & substitutionem, non spectat eadem ad legata, & fideicommissa: nam hæc separatim ac seorsum ab institutione & substitutione relinquuntur, & in separata oratione: ac propterea propriam habent determinationem, à qua determinantur, longè diversam à determinatione, quæ determinat institutionem. Quapropter si testator in dando legato partes non distribuit, æquales partes habebunt; nullis enim partibus nominatis, æquales partes datæ censentur §. *si plures instit. tit. de hæredit. instit. l. unic.* §. *sin autem disjunctim C. de caduc. toll.* neque enim legatum capiunt jure hæreditario, adeo ut pro portionibus hæreditariis dividi inter eos debeat. Sanè partes, quas jure hæreditario obtinent, pro portione hæreditaria consequuntur. Cùm enim legatum à semetipso inutiliter hæredi relinquatur *l. & quidem* 18. *ff. de leg.* 1. legatum relictum hæredi pro ipsius parte non consistit, quia eam capit ac possidet jure hæreditario, non jure legati *l. eum qui* 18. §. *ult. ff. de his quæ ut indign.* jus enim hæreditarium; cùm sit multò potentius, absorbet jus legati. Hanc igitur partem, quam jure hæreditario capit, pro portione hæreditaria retinet, & possidet: reliquam verò partem, quam à cohærede consequitur, non potest consequi, nisi pro virili, quia jure legati obtinet, quod à testatore sine partibus relictum fuit: non verò jure hæreditario: & illud obtinet tamquam legatarius, non tamquam hæres: argumento est, quod etiamsi non adeat hæreditatem, tamen legatum consequitur *l. qui filiabus* 17. §. *ult. ff. de leg.* 1. aut si ei tamquam indigno hæreditas auferatur *l. eum qui* §. *ult. ff. de his quæ ut indign.* Imò plus capit jure legati, si hæres non fuerit, quàm si hæreditatem consequutus fuisset: nam integrum legatum obtinet, non solam partem, quam caperet à cohærede *d. l. eum qui* 18. *in fin.*

Ad rem nostram redeamus. Optimè facit 8
nobiscum sententia Labeonis à Proculo comprobata *in l. ult. ff. de tritic. vin. & ol. leg.* si alicui legata fuerint dulcia, non solùm dulces potiones legato continentur, sed etiam esculenta *d. l. ult.* § *penult.* at si legatum sit vinum amphorarium, Aminæum, Græcum, & dulcia omnia, nihil inter dulcia, nisi quod potionis est, legato continetur. *d. l. ult.* §. *ult.* Nam verbum illud *Vinum* sicut determinat Aminæum, Græcum, ita pariter determinat alia dulcia, eaque restringit ad dulces potiones, cujusmodi sunt vina nominata: videlicet œnomeli, passum, acinaticium, mulsum etiam, & hydromeli, & defrutum verbis illis, *dulcia omnia*, contineri puto: quia licèt quædam ex his vini nomine propriè non contineantur, tamen ex usu patrisfam. plerumque vini numero habentur, & sunt potiones dulces, quæ ad vini naturam proximè accedunt *l. si quis vinum* 9. *in princ. ff. eod.* Illud maximè notandum, quod prævalet præsumptio ejusdem determinationis verbo universali *omnia*, quod ex sui propria significatione etiam esculenta comprehenderet.

Non absimile est, quod à Paulo traditur 9
in *l. nam quod liquida* 4. §. *ult. ff. de pen. leg. si ita scriptum sit*, *omnem penum præter*

vinum, quod Romæ erit: Sola penus, quæ Romæ est, legata videtur. Adjectio illa, *quod Romæ erit*, non solùm determinat vinum, sed etiam penum, non refragante verbo universali *omnem*. Et quod magis est, adjectum illud *quod*, non videtur ad penum referri posse, quam Paulus hîc fœminini generis fecit, licèt Pomponius in *l. 2. ff. de trit. vin. & ol. leg.* in neutro genere protulerit, exemplo Terentii & Columellæ & aliorum veterum Auctorum.

10 Sed jam quid contra opponi possit, expendamus. Ac primùm opponi potest Papiniani responsum in *l. cohæredi 41. § qui discretas ff. de vulgar. Qui discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit: quos hæredes meos invicem substituo: conjunctos primo loco vice mutuâ substituere videtur, quibus institutionum partes non agnoscentibus, cæteros omnes cohæredes admitti.*

Resp. imò ex hac lege constare, quod verbum *substituo* omnes æquè determinat, cùm omnes ad substitutionem vocet. Quod autem conjuncti præferantur disjunctis, id efficit voluntas testatoris, quæ perspicuè apparet ex conjunctione & discretione partium, quæ eos à disjunctis omnino sejungit ac separat. Finge, testator ita scripsit. Titius & Caïus ex dodrante hæredes sunto: Mævius & Sempronius ex quadrante. Titius & Caïus unius personæ vice funguntur *l. planè 34. in princ. ff. de leg. 1.* item Mævius & Sempronius: & in unum corpus redacti sunt, & partem conjunctorum quasi suam præoccupant, ut rectè ait Imperator noster in *l. unic. §. his ita definitis 10. vers. sin vero quidam, C. de cad. tollend.* Idcirco conjuncti in institutione non majorem partem omnes simul consequuntur, quàm unus tantùm, quia unius vice funguntur *l. Attius 11. l. interdum 13. in princ. l. Julianus 15. in princ. ff. de hæred. inst.* Ex quibus efficitur, Titium & Caïum conjunctos, tamquam unum quiddam separatum à Mævio & Sempronio, qui alterum corpus constituunt, in substitutione his præferri, sicut hi præferuntur illis, si unus ex his deficiat. Quare deficiente Titio, Caïus admittitur: deficiente Mævio, Sempronius: utroque autem deficiente, cæteri omnes.

Opponitur etiam Papiniani responsum in 11
l. mulieri & Titio 72. ff. de condit. & dem. sed hoc potiùs confirmat regulam nostram, quàm eam destruat. Etenim conditio illa, *si non nupserit*, determinat legatum tam quoad mulierem, cui cohæret, quàm quoad Titium, & in utriusque persona legatum est conditionale: & ideo Titius dicitur defectus conditione, *si mulier nupserit*. Verumtamen cùm hæc conditio à lege remittatur *l. servo 65. §. 1. ff. ad S. C. Trebell. l. filiæ quæ 18. in princ. l. sed si hoc 8. §. ult. l. cum tale 72. §. si arbitratu l. Titiæ 99. ff. de cond. & dem.* quasi pro impleta habetur, & uterque legatum consequitur, etiam si mulier nupserit, non tamen in omnibus pro impleta habetur. Nam singulariter hoc casu non datur jus accrescendi, & quidem summâ ratione, quam ibi affert Papinianus. Rectiùs opponeretur *l. ult. §. Sejo. ff. de leg. 2.* sed neque illa hanc sententiam labefactat: nam ibi conditio erat adjecta Sejo, non uxori; itaque determinatio non utramque personam respiciebat, sed solam personam Seji: adeoque solummodo determinabat legatum in persona Seji, non in persona uxoris, quam non respiciebat.

Opponitur à plerisque Juliani decisio in 12
l. si ita scriptum 16. ff. de man. testam. Quidam ita legavit: cum Titius annorum triginta erit, Stichus liber esto, eique hæres meus fundum dato. Titius mortuus est, antequam perveniret ad trigesimum annum: ait Julianus, quod nihilominus Sticho libertas competit; legatum tamen non debetur.

Quidam respondent, id ita constitutum, quia militat diversa ratio in libertate & in legato. Alii, quod ibi expressa Legis dispositione à regula recedatur. Verane, an falsa sint hæc, modò non disputo: expendam accuratiùs in proxima. Hoc tantùm dico, frustra nos pervestigare rationem, cùm ipsam Julianus exponat in laudata Lege: ait enim: *Nam favore libertatis receptum est, ut mortuo Titio tempus superesse videatur, quo im-*

citur ex *l. jam hoc jure 4. ff. de vulgar. & pupill.* & aliis supra allegatis. Cùm igitur hæc à lege per inductionem deducatur, non possumus eam protendere ultra terminos, quos leges ipsi præscripserunt, in quibus tacitè continetur. Leges autem, ex quibus deducitur, omnes agunt de una, eademque determinatione plura determinante, quæ in eadem oratione continentur: ut facile intelliget, quicumque leges, quas in superiore ad fundandam hanc regulam adduximus, expendet: & constat ex *l. servus 67. §. 1. ff. de leg. 1.* quam ibi luculenter explicavimus. Idem probat optimè text. in *l. servo 47. ff. de cond. & dem. Servo libertatem ita dedit: ille, si meus erit, liber esto: legatum, vel hæreditatem sine conditione ei dedit; deinde eum alienavit, debebitur domino ejus legatum, vel hæreditas.* Determinatio illa *si meus erit* solùm determinat dationem libertatis, non legatum aut hæreditatem. Idem quoque confirmat Julianus in *l. qui filio § si quis servum §. de hæred. instit. Si quis servum suum liberum sub conditione, hæredem purè scripsisset, eumque vendidisset pendente conditione, jussu emptoris servus adire hæreditatem potest, quia & constitit institutio, & est, qui jus imperandi habet.* Sub conditione datur libertas, pure hæreditas, aut cùm hæreditas datur in diversa oratione non adjecta conditione, quæ apposita fuit in legato libertatis: vel cùm nominatim adjecta est libertati, ut in *l. 3. §. 1. ff. eod.* quo casu expectatur eventus conditionis, quia cùm servus manserit in dominio testatoris, non potest sine libertate institutio subsistere *princ. tit. instit. de hæred. instit.* Mutaveritne, an perverterit hoc Justinianus in *l. ult. C. de necess. serv. hæred. inst.* docti judicent.

4 Verumtamen ut ingenuè fatear, quod sentio, conditiones verè ac propriè non pertinent ad nostram regulam determinationis æque omnia determinantis. Conditio enim verè nihil determinat, nihil disponit, sed coërcet & suspendit dispositionem, cui adjicitur, eamque moderatur, ac restringit *l. 1. § item si 8. in fin. versic. idemque erit ff. ad l. Falcid. l. obligationum 45. §. penult. ff. de oblig. & act. l. si quis sub conditione 8. ff. si quis om. caus. testam.* Itaque limitat & suspendit solùm eam dispositionem, cui fuit adjecta, & respicit solummodo personam, in quam fuit collata, sive agatur de persona honorata, ut in *l. ult. §. suo ff. de leg. 2. l. si quis ita scripserit 33. l. qui filio 38. §. si quis servum ff. de hæred. instit.* sive de persona, in qua impleri debet conditio, ut in *l. sub diversis in fin. in l. cùm ita 93. in princ. l. qui hæredi 44. in princ. & in §§. seqq. ff. de cond. & dem.* Hinc commune est illud interpretum nostrorum effatum: *conditio implenda est in forma specifica, & non potest impleri per æquipollens.* Non extenditur igitur conditio, nec complectitur dispositionem, cui adjecta non est, nec casum, qui nominatim non fuit expressus, nisi id exigat voluntas testatoris, quæ sola in conditionibus dominatur *l. in conditionibus 29. ff. eod.* ut evenit in *l. mulier 22. in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. si ita 15. ff. qu. dies leg. ced. l. 3. C. de instit. & subst.* Tunc igitur obtinet regula nostra, cùm testator iisdem verbis plura complectitur, quæ & eodem modo, atque etiam diverso possunt determinari, absque eo quod à propria verborum significatione recedatur: hoc enim casu omnino dicendum est, cuncta pariter æqualiterque determinari. Nam si testator noluisset de illis eodem modo disponere, separatim de singulis disposuisset, nec iisdem verbis in singulis fuisset usus; quod facere debere præcipitur, si velit dissimiliter disponere, in *l. jam hoc jure 4. §. ult. vers hoc itaque casu ff. de vulg.* ubi notanda sunt illa verba: *Sed si alter pubes, alter impubes hoc communi verbo, eosque invicem substituo,* &c. Commune verbum appellat, quia verbum *substituo* commune est tam substitutioni vulgari, quàm pupillari. Necesse est igitur, ut verba, quibus utitur testator, ejusmodi sint, ut utrumque significent, & comprehendant, ut modo dicebamus.

Hactenus de illis, qui hujus regulæ terminos longiùs, quàm par sit, proferunt: 5
nunc de illis, qui eam ita limitant ac restringunt, ut ipsam angustissimis terminis

circumscribant. Quidam enim aïunt hanc regulam cessare, cùm in utroque determinabili non eadem est ratio. Qua sententia penè evertitur hæc regula: nihil enim facilius quàm aliquam rationis diversitatem subtiliter excogitare ad regulam excludendam. Hæc limitatio, meâ quidem sententia, adeo falsa est, ut nihil suprà. Est enim legibus apertè contraria. In *l.* 4. §. *sed si alter ff. de vulg. & pupill.* Modestinus ait: *sed si alter pubes, alter impubes hoc communi verbo, eosque invicem substituo, sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem Severus, & Antoninus constituit.* In hac lege quæ major potest excogitari rationis diversitas, sive consideremus ipsam dispositionem, sive personas, in quas confertur dispositio? si primùm, quid tam diversum, quàm substitutio vulgaris, & pupillaris? illa fit in casum, quo institutus *heres non erit*: hæc in casum, quo *heres erit. princ. tit. inst. de vulg. subst. & princ. tit. de pupill. subst.* sunt hæc non solùm diversa, sed omnino contraria. Si secundùm, quid tam diversum, tam discrepans in jure nostro, quam pubes, & impubes? Pubes potest condere testamentum; impubes non potest §. 1. *inst. tit. quib. non est permiss. fac. testam.* Pater pro impubere potest testamentum facere; pro pubere non potest *princ. tit. inst. de pupill. substit. l. Papinianus §. sed nec impuberis ff. de inoffic. testam.* Imo si pater pro impubere testamentum fecerit ei pupillariter substituendo, & annos pupillaris ætatis excesserit in substitutione, evanescit substitutio statim ac pupillus attigerit pubertatem §. *masculo instit. tit. de pupill. subst. l. verbis* 7. *l in pupillari* 14. *ff. de vulg. & pupill.* Rursus expedit pupillo, patrem ei consulere hæredem eligendo, quem ipse eligere non potest propter judicii infirmitatem §. 1. *instit. tit. quib. non est permiss. fac. testam.* noceret autem puberi, si pater pro eo testamentum faceret, quia cùm ipse sibi pro arbitrio suo hæredem possit eligere, haberet hæredem invitus, quem ipse non elegit, ejusque judicium exitum non posset habere, quod est contra publicam utilitatem *l. vel negare* 5. *ff. testam. quemadm. aper.* & contrà æquitatem *l.* 1. *in princ. ff. si quis om. caus. test.* Accedit, quod ejusdem pupilli favore, cui non solùm pater, sed etiam leges consulere intendunt, etiamsi ei non fuerit expresse datus pupillaris substitutus, tamen tacitè datus intelligatur. Quamobrem verbum *substituo* in pubere solam vulgarem substitutionem inducit: in impubere utramque substitutionem tam vulgarem, quàm pupillarem *l. jam hoc jure* 4. *in princ.* & in §. 1. *ff. de vulg. & pupill.* Et quòd magis est, ad inducendam pupillarem substitutionem verba testatoris ad contrariam significationem, legis interpretatione detorquentur. Nam si pater impuberi filio substituat sub conditione *si heres non erit*, hæc verba comprehendunt etiam secundùm casum, *si heres erit*, & ad pupillarem substitutionem trahuntur *l. quamvis C. de impub. & al. substit.* Hoc autem maximè demonstrat, quanta sit vis nostræ regulæ de unica determinatione plura æqualiter determinante. Animadvertendum enim est quod verba *si heres non erit*, comprehendunt etiam casum *si heres erit*, qui est omninò contrarius. At verò nec verbum quidem *substituo*, quod commune est, & ex propria significatione non minùs convenit substitutioni pupillari quàm vulgari; comprehendit pupillarem substitutionem, quando ei obstat regula plurium determinabilium æquè determinandorum *d. l. quamvis in fin. C. de impub. & al. substit. & l. jam hoc jure* 4. *ff. de vulg. & pup.*

In laudata *l. quamvis* duæ proponuntur substitutiones, altera in principio legis, altera in fine. Prima, quæ in principio proponitur, facta erat in primum casum, nempe sub conditione, *si institutus non erit*; merito dubitari poterat, an hæc conceptio verborum comprehenderet etiam secundùm casum: hoc est, substitutionem pupillarem. Dicendum videbatur minime comprehendere; nam pupillaris substitutio fit in casum omnino contrarium, sub conditione *si heres erit.* Obstat igitur pervulgata regula, non esse recedendum à proprietate verborum *l. non aliter ff. de leg.* 3. de qua suprà copiosè 6

disputavimus. Hâc tamen regula non obstante responsum fuit, verba *si hæres non erit*, porrigi ad casum, quo hæres sit, & in pupillari ætate decedat: hoc est, non solùm verba impropriè accipienda esse, sed etiam ad contrarium sensum esse detorquenda in favorem pupillaris substitutionis, & ex conjectura pietatis paternæ. Altera substitutio, quæ proponitur in secunda legis parte similiter facta in primum casum sub eadem conditione, *si filius meus, & uxor mea hæredes non erunt*. Videbatur idem omnino respondendum: hoc est, in hac etiam substitutione contineri tacitè pupillarem, seu ad pupillarem esse porrigendam in favorem pupillaris substitutionis & ex conjectura paternæ pietatis. Contrarium tamen respondit Alexander Imperator, quia in hac substitutione obstat regula unicæ determinationis, quæ impedit, quominus substitutio vulgaris ad pupillarem porrigatur *d. l. quamvis in fine*. Ergo hæc regula potentior est alia regula, quæ semper, & ubique obtinet in jure nostro, quod verba accipienda sunt, & interpretanda secundùm propriam significationem. Imò adeo potentior est, atque illi adeo prævalet, ut si ambæ concurrant, hæc illi præferatur, & hæc obtineat, illa verò excludatur. Nam si testator utatur communi verbo *substituo*, quod utramque substitutionem æquè comprehendit, receditur à propria hujus verbi significatione, eaque restringitur ad solam vulgarem. Exemplum proponitur in nostra *l. jam hoc jure 4. §. Sed si alter ff. de vulgar. & pupill. substit.* Hæc uberius exposuimus, ut caveant judices, ne ab hac regula facilè recedant.

His animadversis efficitur, falsam esse opinionem eorum, qui putant levem esse conjecturam, quæ ex hac regula deducitur. An enim levis dici potest conjectura, quæ deducitur ex regula, quam Alexander Imperator ait & prudentium sententiis & Divorum parentum suorum auctoritate fuisse approbatam? Quam idem Imperator affirmat esse manifestam in *l. 4. in fin. C. de impub. & al. subst.* Ibi: *manifestum est.* Quam debere servari, & ratio suadet, & divus Marcus constituit; ut responderunt Imperatores Severus, & Antoninus in *l. 2. in fin. C. eod.* Quam non admitti, incongruens esse dixit Modestinus in *l. 4. §. Sed si alter ff. de vulg. & pupill.* Quid? quod ad firmandam hanc regulam tam Imperatores, quàm Jurisconsulti veteres recesserunt à constitutione Divi Pii, & Marci & Veri Imperatorum, qui sanxerant patrem impuberi substituentem in utrumque casum substituisse, etiamsi in primum tantum casum substituisset *l. 4. in princ.* & in *§. 1. ff. de vulg.* An levi de causa, non verò manifesta ratione recesserunt? Profectò hæc sine stomacho legi non possunt. Nimirum quidam ex nostris quæstui habentes Jurisprudentiam, ut regulam eluderent, innumeras limitationes invexerunt, quibus alii implicati, cùm se ab illis expedire facilè non possent, fallacem esse regulam, & levem ex ea deduci probationem sunt arbitrati. Quasi verò manifestæ juris rationi, prudentium responsis, constitutionibus Imperatorum insulsæ Doctorum opiniones sint anteferendæ.

Efficitur etiam, falsam esse opinionem eorum, qui putant, à regula uniformis determinationis facilè recedi conjectura voluntatis, sicut à proprietate sermonis. Utrumque falsum, & quod facilè recedatur à proprietate sermonis, ut probavimus in superioribus: & quod æquali facilitate recedatur etiam ab hac regula, ut modo demonstravimus. Abutuntur, ut id probent, rescripto Alexandri Imper. in *l. in testamento in fin. C. de testam. milit.* quod in superiore exposuimus. Nunc quod ad rem attinet, breviter attingamus. Miles filiam suam parvulam, & fratrem suum simul hæredes instituerat. Filia, postquam hæres extitit patri, decessit. Concurrebant ad ejus hæreditatem mater, quæ intestatæ filiæ petebat hæreditatem, & frater militis defuncti, qui eamdem petebat ex pupillari substitutione. Videbatur hic matri omnino præferendus. Primùm quia verbum *substituo* commune est, & comprehendit æquè utramque substitutionem vulgarem, & pupillarem *l. 4. §. Sed si alter ff. de vulg. & pupill.* Præterea licet, quando substitutio simul facta est pupillo & puberi, comprehendat solam vulgarem ex nostra regula *d. l. 4. & d. l. in testa-* 8

mento in princ. & *l. quamvis C de impub.* & *al. substit.* tamen cum miles possit etiam puberi extraneo substituere in secundum casum *si heres erit d.l. in testamento in fin.* multò magis præsumendum est, voluisse substituere filiæ impuberi ante pubertatem decedenti, quod jure communi, etiam secluso militari privilegio facere potest, & fecisse præsumitur, quoties regula nostra non obstat, nec impedit substitutionem *l. 4. ff. de vulg.* & d. *l. in testamento in princ. C. de testam. milit.* Maximè quia favore militiæ concessa sunt militibus quamplurima contra omnes juris regulas. Nam quoquo modo licet militi testari *l. Lucius Titius* 40. *in princ. ff. de testam. milit.* & potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere *l. 1.* & 2. *C. de testam. milit.* & uno tempore testatus alio intestatus *l. 8. C. eod.* & potest præterire filium in potestate existentem ejusque præteritio pro exheredatione habetur *l. si quem* 10. *in fin. C. eod.* Ergo si jus civile firmissimas Legum sanctiones, ac regulas insuper habet ad sustinendam militis voluntatem, cur non & regulam nostram uniformis determinationis transcendit, ut sustineatur pupillaris substitutio, quæ solet comprehendi verbo substitutionis? Huc accedit, quod miles fratrem suum prætulit uxori in institutione, ac propterea credendum est, eumdem prætulisse etiam in substitutione. Pari enim affectu prosequitur heredem testator, sive ipsum instituat, sive substituat, cùm utroque modo suum ipsi patrimonium largiatur, *l. Publius* 36. §. 1. *ff. de condit.* & *dem.* Et hoc adeo exactè servatur, ut eædem partes in substitutione datæ videantur, quas in institutione testator expressit §. & *si ex disparibus instit. tit. de vulg. l. si plures* 24. *ff. de vulg.* & *pupill.* Ibi: *nisi fortè alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum est: nisi hoc evidenter expresserit. Vix credendum*, quia certa ac firma ratio suadet testatorem pari affectu dilexisse heredem in institutione, atque in substitutione. Hoc amplius: etiam in substitutione testator prætulit fratrem uxori: nam si filia parvula non fuisset heres, non posset dubitari hereditatem ad fratrem ex vulgari substitutione, exclusa uxore testatoris, esse deferendam. Si ergo fratrem prætulit uxori in substitutione vulgari, cur non & in pupillari, quæ iisdem verbis, eademque dispositione continetur?

Sanè tam Justinianus, quàm Papinianus 9
maximi momenti esse duxerunt, quod mater data esset coheres filio in *l. ult. C. de instit.* & *substit.* & inde ducunt argumentum voluntatis testatoris, quod ipsam noluerit excludere à successione filii, licèt ipsi dederit substitutum. Ac vix induci possum, ut assentiar Cujacio, qui putat matrem filio successuram fuisse, etiamsi ejus coheres scripta non fuisset, eo quod Papinianus, & Justianus opinionem Papiniani comprobans non moveatur ea sola ratione, quod testator matrem simul cum filio in parte hereditatis instituerit: sed alia etiam, quod æquum non sit, matrem ex luctuosa filii morte damnum hereditatis sentire. Videtur enim Justinianus ea sola ratione moveri, quod cùm testator matrem vocaverit in partem hereditatis, eaque filium privaverit, qui in tota hereditate succederet ab intestato, multò magis voluerit matrem filio morienti succedere, eamque noluerit privare ea parte hereditatis, quam esset ab intestato acquisitura, si pater testamentum non condidisset. Verba legis hæc sunt: *Si enim sue substantia partem uxori dereliquit, multò magis & luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit.* Profectò hæc unica ratio est argumento conclusa, quod ex comparatione ducitur, & primum conclusionis modum dialectici appellant, in qua cum primum assumpseris, consequitur id, quod annexum est: hoc voluit, ergo & illud. Qui hoc vult, & illud velle debuit: vult autem hoc, ergo & illud. Eleganter hæc explicat Cicero *in Topic. ad Trebatium. Hinc aliud argumentum negans è contrario confici potest; si illud non voluit, neque hoc quidem voluisse censendus est.* Ergo si partem matri non reliquisset, nec eam vocasse ad reliquam partem censeretur. Cic. *pro C. Rabir. Si interfici Saturninum nefas fuit: arma sumpta esse contra Saturninum sine scelere non possunt: si ar-*

ma jure ſumpta concedis, interfectum jure concedas neceſſe eſt. En! aliud à minore ad majus in Orat. in *Q. Cæcilium in fin. Etenim ſi probabilis eſt eorum cauſſa, qui injurias ſuas perſequi volunt: qua in re dolori ſuo, non Reip. commodis ſerviunt: quantò illa cauſa honeſtior, quæ non ſolùm probabilis videri, ſed etiam grata eſſe debet, nulla privatim acceptâ injuria, ſociorum atque amicorum Popul. Rom. dolore, atque injuriis commoveri?* Eſt hoc genus probationis, in qua, daro antecedenti, deducitur conſequens, in quo cadebat controverſia, & quæſtio verſabatur. Ad rem noſtram. Sunt prætereà in laudata *l. ult. C. de inſtit. & ſubſt.* obſervanda verba illa: *in hujuſmodi caſu.* Quis eſt iſte caſus? nempè qui inirio propoſitus eſt, & in controverſiam vocatus: cùm miles pro parte venrrem prægnantem inſtituit, pro parte ſuam uxorem. Ergo hic ſolummodo caſus à legiſlatore deciditur. Er amplius animadvertendum eſt, Juſtinianum hìc non reſcribere ad preces alicujus ſupplicantis, & de aliquo caſu interrogantis: ſed ipſum ex ſe proponere quæſtionem, & rem inter Ulpianum & Papinianum conrroverſam: itaque ejus definitio non poteſt egredi terminos propoſitæ quæſtionis, quam ipſe perſolvit. Neque contrarium eſt reſcriptum Diocletiani, & Maximiani in *l. precibus C. de impub. & al. ſubſtit.* Nam ibi proponitur facta ſubſtitutio, vel expreſsè in ſecundum caſum, vel compendio; hoc eſt, ſubſtitutio, quam noſtri vocant compendioſam, quæ utramque ſubſtitutionem verbis æquè comprehendit, nec ibi mater erat data cohæres filio. Hic autem caſus eſt valde diverſus; nam mater fuit inſtituta ſimul cum filio, & ſubſtitutio reſtricta erat ad ſolum caſum, quo poſthumus natus non fuiſſet: poſthumus autem natus erat, & in pupillari ætate deceſſerat: ac proptereà non extiterat condirio ſubſtitutionis. Sed noſtri inſtituti non eſt, has leges diligenter expendere. Itaque ad rem ut tandem redeam, breviter aſtringam argumentum.

Negari non poteſt, in toties laud. *l. ult.* tam Papinianum, quàm Juſtinianum plurimi feciſſe illam circumſtantiam, quod mater fuerit inſtituta hæres cum filio: ac proptereà, quod ea nobis ſuppeditet non levem conjecturam voluntatis teſtatoris, quod eum, quem vocavit ad hæreditatem in inſtitutione, voluerit etiam vocare in ſubſtitutione. Neglecta tamen hac conjectura, neglectis pariter aliis, quas ſuprà conglobavimus, reſpondit Alexander, fratrem ſubſtiturum probare debere, an ita teſtator ſenſiſſet: hoc eſt, ut ego arbitror, an voluerit uti privilegio militis in ſubſtitutione, ad cujus probationem ſatis eſſe puto, ſi probaverit militem jure militari teſtatum fuiſſe. Quid ita? nimirum, quia ſi hoc non probaverit, corruet regula noſtra de unica determinatione, quæ æqualiter omnia debet determinare: nam valeret ſubſtitutio quoad perſonam pupilli, non verò quoad perſonam fratris, qui cùm fuerit hæres, non poteſt habere ſubſtitutum: eo enim adeunte, ſtatim expirat ſubſtitutio *l. quamdiu prior. 3. & l. quamdiu 69. ff. de acquir. vel omitt. hæred. l. poſt aditam C. de impub. & al. ſubſt.* Contra ſecundùm hanc Imperatoris conſtitutionem ſemper ſalva manet regula noſtra. Etenim, ſi frater non probet ita ſenſiſſe teſtatorem, valebit, & locum habebit ſubſtitutio vulgaris quoad utrumque ſcilicet, tam quoad pupillum filium, quàm quoad puberem extraneum: ſi verò probaverit, valebit quoad utrumque ſimiliter utraque ſubſtitutio, tam quæ in primum, quàm quæ in ſecundum caſum facta fuit, quia valebit jure militari. Probare autem ſubſtitutus debet teſtatorem jure militari teſtatum fuiſſe, ut gaudeat hoc privilegio, quia privilegium nimis abhorret à regulis juris: ut quis poſſit hæredem facere ei, qui ſibi ipſi hæredem facere poteſt, item ut fraudi ſit legitimis hæredibus quibus hæreditatem adimat. Itaque Paganus hoc modo fruſtra ſubſtituit, adeo ut nequidem rogare poſſit hæredem ſuum, ut alium hæredem faciat *l. verbis civilibus 7. ff de vulg. & pupill. l. ex facto in princ. ff. ad S C. Trebell.*

Supereſt altera limitatio Doctorum, quæ, 10
omiſſis aliis nullo fundamento juris innixis,

est hoc loco distinctiùs explicanda. Limitant igitur hanc regulam, quando eâ admissâ sequeretur correctio legis: hoc est, quando per eam determinaretur casus contra determinationem ipsius legis. Hoc utique negari non potest: nemo enim cavere potest, ne leges in suo testamento locum habeant: *l. nemo* 55. *ff. de leg.* 1. & jus publicum privatorum pactis mutari non potest *l. jus publicum ff. de pact.* sed tamen, ut vera à falsis distinguamus, animadvertendum est, quod aut lex aliquid generaliter statuit, & tunc regula in casu, quem determinat, legi derogat: aut lex decernit aliquid specialiter de aliquo casu, & tunc lex derogat huic regulæ. Primùm probatur exemplo substitutionis. Lex generaliter constituit, ut substitutio vulgaris trahatur ad pupillarem, & substitutio facta in unum casum, utrumque comprehendat *l. jam hoc jure* 4. *in princ. & in* §. 1. *ff. de vulg.* Atqui hoc fuit constitutum divi Marci, & Veri constitutione, *d. l.* 1. *in princ.* verùm si se interponat hæc regula, derogat legis constitutioni, & constitutio locum non habet eo casu, qui à regula comprehenditur, ut in *d. l.* 4. §. *sed si alter.* Et hoc suprà copiosè est explicatum. Secundum verò probatur exemplo, quod proponitur in *l. si ita scriptum fuerit* 16. *ff. de manum. testam.* Testator ita scripsit: *cùm Titius annorum triginta erit, Stichus liber esto: eique hæres meus fundum dato.* Titius antequam ad annum trigesimum perveniret, decessit. Sticho libertas nihilominus debetur impleto tempore, non autem fundus. En! quod illa determinatio testatoris: *cùm Titius annorum triginta erit*, non æquè determinat legatum libertatis, & legatum fundi. Idem traditum est in *l. si servus* 19. *ff. de statu liber.*

Vereor tamen, ne non sit accommodatum hujusmodi exemplum ad probandum id, quod volunt. Dubito enim, an verba illa: *cùm Titius annorum triginta erit*, unicam an duplicem determinationem contineant. Etenim verba illa quoad legatum fundi faciunt conditionem, quoad legatum libertatis faciunt diem certum. Itaque duo sunt legata distincta ac separata, alterum sub conditione, alterum in diem, & utrumque legatum habet distinctam determinationem, licèt utraque determinatio iisdem verbis comprehendatur. Scilicet ita res est. Tempus certæ ætatis conditionem facit in testamentis *d. l. si servus* 19. *ff. de statu lib. d. l. si ita scriptum* 16. *ff. de man. testam. l. fideicommissaria* 23. §. *etiam ff. de fideic. lib.* sicut quilibet alius dies incertus *l. dies incertus* 74. *ff. de cond. & dem. l. talis* 30. §. *Cui congruit. ff. de leg.* 1. *l. si ita scriptum* 45. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. Caio* §. 1. *ff. de alim. leg.* & passim. In contractibus verò, licèt dies omnino incertus, hoc est, is, de quo certum non est, an sit extiturus, conditionem faciat *l. quodcumque* 45. §. *non solum ff. de V. O.* tamen tempus, quod certo est extiturum, conditionem non facit *l. nam si* 17. *ff. de condit. in d. l. si pupillus* §. 1. *ff. de novat.* Rursus tempus certæ ætatis licèt conditionem faciat in cæteris omnibus legatis, tamen neque in legato libertatis, neque in legato alimentorum conditionem facit: in his continet solummodo diem, non autem conditionem. De legato libertatis in *l. fideicommissaria* 23. §. *etiam in l. Thais* §. *libertatem ff. de fideicom. libert.* & in *d. l. si ita scriptum*, & in *d. l. si servus.* De alimentis verò traditum est in *l. libertis* §. *ab heredibus & l. Caio* §. 1. *ff. de alim. leg. l.* 1. *C. de leg.* Alia igitur, atque alia est temporis incerti vis, & potestas, & diversa atque distincta pro diversitate dispositionum, quibus adjungitur. Aliter determinat contractus, aliter testamenta: aliter legatum libertatis, & alimentorum, aliter reliqua legata. Quare non est unica hujus temporis determinatio, sed multiplex. Quo fit, ut in objecta *l. si ita scriptum ff. de manum. testam.* non unica sit adjecti temporis determinatio: alia, quæ respicit legatum libertatis: alia, quæ respicit legatum fundi. Quoad legatum libertatis continet diem, quoad legatum fundi conditionem. Non potest igitur utrumque legatum pari modo determinare.

Sed ne videar illis, qui crassiore Minerva 11 solent jus civile tractare, hæc nimiò plus

subtiliter perscrutari, illuc redeo, unde discessi, fateorque regulam nostram locum habere non posse, ubi se lex interponit, eamque excludit, quia lex omnibus regulis prævalet, & ipsa sola dominatur. Quamquam non facile est invenire casus, in quibus ab hac regula recedatur. In his autem, si qui sunt, non regulæ defectus in causa est, cur ea non obtineat, sed legis auctoritas. Sit quantumvis perspicax, & acuta oculorum acies, nihil tamen ultra murum, aut montem oppositum pervidebit. Non, quod hebes sit & obtusa acies, nil perspicit, sed quod murus aut mons se opponit, qui visum impediunt, & ultra penetrare non sinunt. Eadem prorsus est ratio rei impossibilis. Si hæc regula incurrat in aliquid impossibile ex dispositione testatoris, utique frangitur, & viribus enervatur, quia impossibilium nulla est obligatio *l. impossibilium 85. ff. de reg. jur.* si ferri acies impingat in adamantem, hebetatur, & obtunditur. Est ipsa quidem ad cædendum aptissima, sed retorquet ictum duricies adamantis, qui cædi non potest. Nec solùm determinatio non æquè determinat possibile, & impossibile, sed impossibile ne determinat quidem ullo modo. Nam quæ fieri non possunt, nec determinari quidem possunt. Impossibilia autem sunt non solùm ea, quæ natura sua ejusmodi sunt, sed quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & ut generaliter dixerim, contra bonos mores sunt, nec facere non posse existimandum. Ita piè ac religiosè scripsit Papinianus in *l. Filius qui 15. ff. de cond. instit.* Quamobrem ea quæ sunt contrà bonos mores, contra leges, contra edicta Imperatorum, aut à Prætoribus improbata, pro non scriptis habentur *l. conditiones 4. ff. eod.* Hinc respondit Paulus in *l. si Titio & ei 7. ff. de leg. 2. Si Titio & ei, qui capere non potest, decem legata sunt, quia duobus hæres dare damnatus est, & unus capere non potest, quinque sola debentur.* Non deficit hic determinatio, sed determinabile. Determinatio quidem æquè utrumque determinat, cum utrique quinque tribuat: sed deficit unum ex determinabilibus: & non deficit, quia legatum repudiaverit, sed quia incapax est, & pro nullo habetur, & quod ei datum est, pro non scripto habetur: adeoque remanet penes hæredem, non accrescit Titio.

CAPUT XVIII.

Ad L. ille 25. §. 1. ff. de leg. 3.

SUMMARIUM.

1 *Officium JCti in interpretatione quà Legum, quà hominis dispositionum, maximè consistit.*

2 *Scripti & voluntatis discrepantia. Verborum intelligentia maximè necessaria. Eam veteres JCti excolebant.*

3 *A scripto non recedendum, nisi ex manifesta scribentis voluntate probatur n. 4.*

5 *Perspicuum ea de re Modestini responsum in l. si alii 19. ff. de usufr. leg. conciliatur cum Ulpiano in l. & puto 16. §. Julianus ff. fam. ercisc. & n. 6. 7.*

7 *Speciales rationes ex quibus usufructus non communicatur in casu L. & puto ff. fam. ercisc.*

8 *Servii ac Tuberonis vetus hac de re dissidium. Servii sententia accessit Celsus & C. Aquilius & n. 9.*

10 *Etiam in contractibus scriptum sententia praeferendum.*

11 *Voluntas maximè spectanda quia potentior verbis: probatur auctoritate, & n. 12.*

13 *Tit. C. plus val. quod ag. quam quod simul concip. perperam ad hoc allegatur.*

14 *Idem procedit in contractibus.*

15 *Si scriptum non sit, vel sit ambiguum, spectatur voluntas; si non appareat, secundum jus respondendum est.*

Officium munusque Jurisconsulti totum in recta interpretatione est occupatum. Qui rectè leges, atque hominum dispositiones interpretatur, & explanat, optimus est judex, optimus Jurisconsultus: qui perperam, ac perversè, pessimus. Leges semper eædem sunt, nec mutantur in dies, earumque interpretationis tot clarissimorum virorum studio elucubratæ, industria elaboratæ, ingenio perfectæ fuerunt, ut vix quicquam addi posse videatur. Hominum verò dispositiones variæ sunt, & semper diversæ, & in omnes partes longè, lateque diffusæ: numquam eadem voluntas, numquam iisdem 1

verbis explicata: quo magis elaborandum est, ut eorum mentem assequamur, idque est perdifficile & confragosum. Nihil enim est obscuriùs voluntate hominum, ut rectè monuit Cicero. Nihil autem hac in re frequentiùs disputatur, quàm de scripto, &
2 sententia. Ita docet Quintilianus *Inst. orat. lib. 7. cap. 6. Scripti, & voluntatis frequentissima quæstio est, & pars magna controversi juris hinc pendet*: Nostri tamen de verborum significatione non valde solliciti sunt: Forum enim assiduè reboat vocibus Jurisconsultorum ineptè clamantium, non verba, sed voluntatem spectandam esse: adeo ut quidam magni nominis judex apprimè doctus in hoc scurriliter & putidè nugetur: *nec Cruschæ, nec crusta verborum inhærendum esse*, quasi ludibrio habeat Academiam totius Europæ celeberrimam, & promptuarium Etruscarum vocum ab ea editum. Nimirum idem in explicatione cujusdam vocis Italicæ huic præfert Calepinum. O superi, ô manes! Quis cælum terris non misceat, & mare cælo? sanè veteres Jurisconsulti, qui jus nostrum civile fundarunt, non idem sentiebant. Scripsit Ælius Gallus libros duos de verborum, quæ ad jus pertinent, significatione. Scripsit & Servius: scripserunt & alii, quos
3 prætermitto. Itaque verborum intelligentia est maximè necessaria, & à scripto recedendum non est, nisi manifestè appareat voluntas contraria scribentis *l. non aliter 69. ff. de leg. 3.* Quoniam vero, ut Cic. *ait in Topic.* circa finem sunt tria genera, quæ controversiam in omni scripto facere possunt: ambiguum; discrepantia scripti & voluntatis, & scripta contraria: nos de scripto, & voluntate primo loco disceptabimus: hæc enim disceptatio potissima est, & alias commodè præcedet.

4 Quod à scripto non sit recedendum, cùm perspicuum est, nec admittenda voluntatis quæstio, traditum est apertè in *l. ille, aut ille 25. §. 1. ff. de leg. 3. Cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est admittenda voluntatis quæstio.*

Idem traditum in *l. 4. vers. quod si quis ff. de leg. 1. Quod si quis, cùm vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi: quemadmodum si quis putet auri appellatione electrum, vel orichalchum contineri: vel quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt: hominum mutabilia.* Rectè. Nostrâ enim destinatione fundorum nomina, & domus, non natura constituuntur *l. quod in rerum 24. §. quod si ff. de leg. 1.* & ideo mutari possunt *d. l quod. in rerum 24. §. si quis post & §. seq.* vocabula autem, quæ à principio fuerunt imposita, & diuturno usu totius populi comprobata, non potest quilibet pro arbitrio suo mutare, & à communi usu, & significatione recedere.

Id ipsum respondit Ulpianus in *l. quoties* 5
9. §. 1. ff. de hered. instit. Et si in re quis erraverit, ut putà dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebitur. Hoc sive ipse scripsit, sive scribendum dictaverit.

Accedit auctoritas Modestini, qui hac de re ita dilucidè, atque enucleatè scripsit in *l. si alii 19. ff. de usufr. leg. Si alii fundum, alii usufructum ejusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: Titio fundum detracto usufructu lego, Seio ejusdem fundi usumfructum hæres dato: quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quàm peractum sit.* Interdum videlicet cum id, quod scriptum est, ambiguum non est.

Carpunt quidam viri docti hoc Modestini responsum: sed immeritò, quantum arbitrari possum. Etenim certum est fundi appellatione contineri etiam usumfructum *l. eum qui ita stipulatus 56. §. si ita stipulatus, & l. qui usumfructum 58. ff. de V. O. l. 6. ff. de usufr. ear. rer. l. si Titio 10. ff. de usufr. leg.* adeo ut fundus dari non intelligatur, si ususfructus detrahatur *d. l. qui usumfructum 58. ff. de V. O.* Quotiescumque autem non ambigitur, quin vocabulum, quo usus est testator, aliquid comprehendat, aut non comprehendat,

comprehendat, qualiscumque fuerit mens, & voluntas testatoris, à scripto non est recedendum *l. Labeo* 7. §. *Servius in princ. ff. de sup. leg.*

6 Sed opponitur Ulpianus in *l. & puto* §. *Julianus ff. fam. ercisc. Julianus ait, si alii fundum, alii usumfructum fundi judex adjudicaverit, non communicari usumfructum.*

Dubitari non potest, hoc singulari ratione scriptum fuisse à Juliano de sententia Judicis in judicio familiæ erciscundæ. Nam idem Julianus contrà respondit tam in legatis, quàm in stipulationibus. In legatis usumfructum communicari dixit Julianus in *l si Titio* 10. *ff. de usufr. leg.* & in *l. si tibi decem* 6. *ff. de usufr. ear. rer.* In stipulationibus idem affirmavit in *l. eum qui ita stipulatus* 56. §. *si à te stipulatus ff. de V. O.* Hoc igitur pro certo habuit Julianus tam in contrac-
7 tibus quàm in legatis, usumfructum esse communicandum. Contra in sententia judicis non debere communicari. Quid ita? Nempe in sententia judicis interpretanda mentem judicis, ejusque voluntatem spectare oportet, non verba, non scriptum: ne si ab ejus voluntate recedamus, injustè eum judicasse contra ejus propositum & voluntatem dicere cogamur. Judex datur, ut inter litigantes justa decernat. Si contra ejus voluntatem sententiam interpretamur, eum vel invitum injusta decernere compellimus. Læditur justitia, ad quam tuendam judices sunt constituti. Læditur honor, virtusque & existimatio judicis innocentis. Læduntur litigantes, qui rem suam amittunt & fraudantur spe, & expectatione, quam de judicis justitia & æquitate conceperant. Judicia omnia pervertuntur, sine quibus, nec domus ulla, nec civitas stare, & conservari potest. Contrahentes & testatores pro arbitrio de rebus suis disponere possunt; nec sunt adstricti legibus, quæ plenissimam eis facultatem tribuunt disponendi *l. verbis legis* 120. *ff. de V. S. auth. de Nupt.* §. *disponat.* Neque justitiam, aut leges labefactant, si hoc, vel illo modo contrahant, si huic potiùs quàm illi res suas relinquant; adeoque suæ inscitiæ, vel oscitantiæ imputare debent, si aliud voluerunt.

Præterea observandum est, quod in laudata *l. & puto* §. 1. *ff. fam. ercisc.* multa concurrunt, quî non possit aliter accipi sententia Judicis. Concurrit votum & intentio litigantium, qui volunt à communione discedere, ac propterea agunt actione familiæ erciscundæ: maximè in specie ab Ulpiano in ea lege proposita quod hæredes vellent à communione ususfructus discedere, ut proponitur ibi *in princ. Legis.* Concurrit propositum & voluntas judicis, imò necessitas ipsi à Lege imposita, cùm debeat, & secundùm naturam actionis, & juxta petitionem litigantium ferre sententiam §. *Si familiæ instit. tit. de offic. jud. l.* 1. *in princ. ff. fam. ercisc.* Concurrit & propria actionis natura, quæ ad tollendam, non ad inducendam communionem est instituta *d.* §. *si familiæ.*

Sed jam à diverticulo controversia sus- 8
cepta repetatur. Hac de re disputat in utramque partem Celsus in *l. Labeo* 7. §. *Servius ff. de supell. leg.* Primum refert Servii sententiam existimantis, non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. Deinceps refert opinionem Tuberonis contra sentientis: nam quorsum nomina, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? adeoque nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit: Tandem Servii sententiam probat his verbis. *Sed etsi magnopere me Tuberonis & ratio, & auctoritas movet, non tamen à Servio dissentio: non videri quemquam dixisse cujus non suo nomine usus sit; nam etsi prior, atque potentior est quàm vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur,* & reliqua quæ sequuntur.

Idem prorsus sensisse C. Aquilium testatur 9
Cicero in oratione pro A. Cæcinna, n. 29. ed. 1695. Amstelodami, cui omnino credendum est, quia Aquilii sententia pro adversario faciebat: eam tamen refert, non tamen probat, cùm contrarium in ea causa defenderet. Narrat igitur Aquilium dixisse, non posse probari quemquam esse dejectum,

nisi ex eo loco, in quo fuisset (agebatur enim in ea causa de interdicto undè vi). *Rem & sententiam interdicti mecum facere fatebatur, verbo me excludi dicebat: à verbo autem posse recedi non arbitrabatur.* In ea causa una tantùm literula controversiam faciebat. Æbutius enim fatebatur quidem se à fundo Cæcinnam ejecisse: negabat autem se dejecisse de fundo: quoniam hominibus armatis prohibuerat eum ingredi fundum, non autem in fundo morantem ex eo dejecerat: ac propterea se non teneri interdicto, quod dejectum restitui jubet, non ejectum. Igitur C. Aquilius maximus eâ ætate Jurisconsultus fatebatur rem & sententiam interdicti cum Cæcinna facere, sed à verbo recedi non oportere: adeo erat alligatus verbis, & scripto: idque voluntati, & sententiæ præferebat.

10 Ac ne quis putet, scriptum sententiæ præferendum esse solùm in ultimis voluntatibus, non autem in contractibus, Celsus in *l. non est ferendus 2. ff. de transact.* idem statuit in transactione. *Non est ferendus*, ait, *qui generaliter in his, quæ ei testamento relicta sunt, transegerit: si postea caussetur de eo solo cogitasse, quod prima testamenti parte: ac non etiam quod posteriore legatum sit.* Non est ferendus, inquit; igitur judex hujusmodi quæstionem voluntatis debet repudiare, & secundùm scriptum pronunciare.

Idem Celsus in *l. quicquid adstringendæ 99. in princ. ff. de V. O. Quicquid adstringendæ obligationis est, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est &c.* Nec rursum promissor ferendus est, si ejus interrerit de certis potiùs vasis fortè, aut hominibus actum. Utrumque comprehendit Celsus; & stipulatorem, & promissorem; neuter à verbis recedere debet obtentu contrariæ voluntatis.

11 Quamvis hæc perspicua ac certa videantur; tamen contraria sententia, quæ voluntatem verbis anteponit cum ratione, tum multarum legum nititur auctoritate. Ratione; quia ab hominibus, ut ait Horatius, inventa sunt verba, quibus voces, sensusque notarent & verba voluntati famulantur, quæ si posset sine verbis intelligi, cognoscique, verba essent omnino supervacanea. Rectè Cic. *pro A. Cæcin. Voluntas, quæ si tacitis nobis intelligi posset, verbis omnino non uteremur: quia non potest, verba reperta sunt, non quæ impedirent, sed quæ indicarent voluntatem*, & ut aïebat Tubero: quorsum nomina nisi, ut demonstrent voluntatem dicentis. *l. Labeo 7. §. Servius ff. de supell. leg.* Quamobrem prior est ac potentior, quàm vox, mens dicentis, ut ibi fatetur Servius, contrariæ sententiæ assertor. Est igitur calumniatoris officium, verba, & literas sequi, & negligere voluntatem. Cornific. *ad Heren. lib. 2. Neque enim tantopere laboremus in exploranda verborum significatione, nisi ut mentem scribentis assequamur.* Eodem tendunt omnia argumenta, omnes conjecturæ, quibus utimur in causis agendis.

Rationi accedit plurimarum legum auctoritas. Paulus in *l. qui quartam 15. ff. de leg. 1. Qui quartam partem bonorum legare voluit, dimidiam scripsit: Proculus rectè ait posse defendi, quartam partem legatam, quia inesset dimidia. Idem erit etsi quinquaginta voluit legare, & centum scripta sint: quinquaginta enim debebuntur. Sed etsi plus legare voluit, & minus scripsit, valebit legatum.* Hujus rei elegantissimum affert exemplum Quinctilian. *instit. orat. lib. 7. c. 6. Qui sestertium nummum quinque millia legaverat: cùm emendaret testamentum, sublatis sestertiis nummis, argenti pondo posuit, quinque millia remanserunt: apparuit tamen quinque pondo dari voluisse, quia ille in argento legato modus inauditus erat, & incredibilis.* 12

Ulpianus in *l. librorum 52. §. quod tamen Cassius ff. de leg. 3. Quod tamen Cassius de membranis puris scripsit, verum est: nam nec chartæ puræ debentur libris legatis, nec chartis legatis libri debebuntur, nisi fortè & hic nos urserit voluntas.* Modestinus in *l. cùm quidam 8. ff. de supellect. leg.* respondet, *si quid in supellectili argentum est, deberi: escale autem, vel potorium argentum non deberi, nisi hoc quoque testatorem sensisse legatarius doceat.* In *l. quisquis 95. ff. de leg. 3.*

Voluntatem præterea defuncti, quæ maximè in fideicommissis valeret ei sententiæ suffragari. In *l. cùm virum C. de fideic. Sanè quoniam in fideicommissis voluntas magis, quàm verba plerumque intuenda est.* In *l. cùm de lanionis 18. §. item caccabos ff. de inst. vel instrum. leg. Optimum ergo esse Pedius ait non proprium verborum significationem scrutari, sed in primis quid testator demonstrare voluerit.*

Ulpianus in *l. si quis vinum 9. in princ. ff. de trit. vin. & ol. leg. Si mulsum sit factum vini appellatione non continebitur propriè, nisi fortè paterfam. etiam de hoc sensit. Certè zythum, quod in quibusdam provinciis ex tritico, vel hordeo, vel pane conficitur, non continebitur &c.* Subdit post aliarum potionum numerationem, quæ vini appellatione non continentur: *nisi alia mens testantis fuit.* Sed hanc legem memini me alias luculenter exposuisse.

Multò clarius id probatur auctoritate Hadriani Imperatoris, cujus constitutionem refert Pomponius in *l. Divus 22. in princ. ff. de usu, & habitatione.* Ibi: *Divus Hadrianus, cùm quibusdam usus sylvæ legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri, quia nisi liceret legatariis cædere sylvam, & vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.* Nimirum legata erat sylva cædua, cujus nullus usus, nisi cædi posset.

Magis urget Pomponii dictum in *l. Proculus 19. ff. de usufr.* qui putat insulam ita legari posse. Ædium mearum, quoad altius, uti nunc sunt, ædificatæ sint, illi usumfructum do, lego. Testator legat usumfructum insulæ, & legato continetur ipsa insula. Longè different fundus seu insula ab usufructu, adeo ut si testator fundum leget, cùm nolit legare usumfructum, nihilominus usufructus legato contineatur *l. si alii 19. ff. de usufr. leg.* ergo & si leget usumfructum, cùm voluerit legare insulam, debebitur usufructus, quem legavit, non insula, quam non legavit. Si legato fundo non debetur sola proprietas, etiamsi id senserit testator, nec legato usufructu debebitur proprietas, etiamsi testator voluerit legare proprietatem: si quidem neglectâ voluntate, verborum vim tantummodo credimus inspiciendam.

Idem Pomponius in *l. inter vestem 33. ff. de aur. & arg. leg. Difficultatem facit mens legantis si & ipse solitus fuerit uti quadam veste, quæ etiam mulieribus conveniens est. Itaque ante omnia dicendum est eam legatam esse, de qua testator senserit, non quæ revera, aut muliebris, aut virilis sit. Nam & Quinctus Mucius ait scire se quemdam Senatorem muliebribus cœnatoriis uti solitum, qui si legaret muliebrem vestem, non videretur de ea sensisse, qua ipse quasi virili utebatur.*

Imperator Justinianus in *l. 3. C. de liber. præter. Cùm enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantùm valeat, ut melior sensu existat.* Clariùs definiri non poterat id quod quærimus.

Facit etiam pro hac sententia Ulpianus in *l. cogi 16. ff. ad S C. Trebell.* nec non Hermogenianus, & Paulus in duabus Legibus antecedentibus, in quibus omnes communi consensu statuunt, hæredem cogi restituere hæreditatem, non solùm si hæreditatem restituere rogatus sit, sed etiam si familiam, si pecuniam, si universam rem suam, si omnia sua, si patrimonium, si facultates, si quicquid habet, si censum suum, si fortunas suas, si substantiam suam, si peculium suum restituere rogaverit testator, nisi probetur, eum aliter sensisse: in ambiguo enim de successione sensisse statuit Ulpianus. Igitur quamvis verba notent res ab hæreditate longè diversas, tamen si illis hæreditatem voluit significare testator, verborum significationem posthabemus, & quod magis est, neglectâ verborum significatione, ita testatorem voluisse præsumimus.

Quidam efferunt ad hoc probandum to- 13
tum titulum Codicis: *plus valere quod agitur, quàm quod simulatè concipitur*: & ex eo titulo allegant *l.* 1. 2. 3. 4. in quibus habetur in quod actum est, valet, non quod scriptum. Non rectè, ut mea fert

sententia. Nam ille titulus tam alienus est à nostra quæstione, quàm quod maximè. Ibi enim pertractatur de illis, qui aliud agunt, aliud se agere simulant. Hi fingunt, non ex animo agunt. Quod verè & ex animo egerunt, non quod finxerunt, valere oportet. Fictio cedat veritati necesse est: ac propterea etiam scriptura rei gestæ cedat oportet. Nam illi veritatem & rem gestam celare fategerunt, rem simulatam in scripturam redegerunt, ut incautis, reique gestæ & conventionis inter eos initæ ignaris imponerent: ut constat ex laudatis Legibus.

14 Quæ in ultimis voluntatibus, eadem & in contractibus sunt constituta. In his semper id, quod actum est, quæritur, nempè quid senserint contrahentes, cùm inter se contrahendo convenerunt. In *l. quod Celsus 6. §. 1. ff. de contr. empt. In emptis enim, & venditis, potius id quod actum, quàm id, quod dictum sit, sequendum est.* In *l. ult. ff. de hæredit. vel act. vend. Imo semper quæritur in ea re, quod actum fuerit.* In *l. fistulas 78. in princ. ff. de contr. empt. Apparere id actum esse, ut id quoque accederet, licet scriptura non continetur. l. cum manu sata 80. §. silva ff. eodem. Servium respondisse, primum sequendum esse, quod appareret actum esse.* In *l. dotis 7. §. si ususfructus ff. de jur. dot. Celsus libro decimo digestorum ait interesse, quid acti sit, &, si non appareat, aliud actum, putare se &c.* Similia exempla sunt in *l. qui usumfructum 36. §. Si stipulatus ff. de usufr. in l. 2. §. 1. ff. de hæred. vel act. vend.* in *l. id quod 7. ff. de pericul. & comm. rei vend.* in *l. In lege 77. ff. de contr. empt.*

15 Animadvertendum tamen est, quod in laudatis Legibus scriptum non repugnabat voluntati contrahentium, adeoque non erat controversia, scriptone, an voluntati standum esset. Aut enim nihil erat dictum à contrahentibus de re controversa, & tunc utique spectanda est voluntas contrahentium: aut si non appareat, secundum jus est respondendum, ut fit in plerisque superiorum Legum. Aut verba erant ambigua, & tunc semper ad voluntatem contrahentium traducenda sunt *l. in ambiguis 96. l. in obscuris 114. ff. de reg. jur. l. ubi est verborum 21. ff. de reb. dub.*

CAPUT XIX.

Ad eamdem L.

SUMMARIUM.

1 *In voluntate ambigua verbis claris inhærendum. Voluntas quando sit ambigua.*
2 *Non potest haberi ratio ejus, quod quis vult, nisi id dixerit.*
3 *A scripto recedere ex conjecturis valdè periculosum, & propè infinitum n. 4.*
5 *In voluntate manifesta, verbis standum non est, nisi perspicua sint.*
6 *Exemplum voluntatis manifestæ & verborum ambiguorum in l. librorum. §. quod tamen Cassius ff. de leg. 3. & in l. Divus ff. de us. & habit. n. 7.*
8 *Plura ambigui genera.*
9 *In iis, quibus vocabula hominum arbitrio indita sunt, usum & voluntatem disponentis sequimur.*
10 *Conciliatur l. Labeo 7. §. Servius. ff. de supellect. leg. cùm l. 8. ff. eod.*
11 *Explicatur l. Proculus 19. ff. de usufr.*
12 *Si plus dictum, minus scriptum sit, attenditur potius dictum, quàm scriptum. Afferunt exempla n. 13 14.*
15 *Sed si quod minus scriptum est, pertineat ad substantiam dispositionis, hoc attenditur: & si dispositio deficiat, neutrum attenditur.*
15 *In fideicommissis spectatur potius voluntas, quàm verba*
17 *Et in conditionibus.*

EXpositis argumentis in utramque par- 1
tem, modò superest disquirendum, quæ sententia tenenda sit, quæque sit maximè consentanea veritati. Ego, si quid hac in re possum arbitrari, sic statuo.

Prima sit regula. *Quoties verba clara sunt, & voluntas ambigua: verbis est inhærendum, nec voluntas in disquisitionem vocanda.* Et hoc est, quod ait Paulus in *l. ille aut ille 25. ff. de leg. 3. Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio.* Utinam hoc nostri judices observarent, quantum multitudo litium minueretur? quot

controversiæ facillimè dirimerentur? Hinc seges uberrima cavillationum, disceptationum, contentionum forensium, quæ in infinitum progrediuntur, quæ non solùm emungunt, sed etiam exossant miseros litigantes. Gravis morbus, & in dies ingravescens: nulla enim potest adhiberi medicina, quia maximum in foro versantibus affert emolumentum. Cùm dixi voluntatem ambiguam, non id volui dicere, scripto inhærendum solummodo, cùm incerta est, & obscura voluntas: sed etiam quandocumque non est manifesta, nec adeo perspicua, sicut ipsa verba. Et hoc est, quod rectè præcipit Marcellus in *l. non aliter* 68. *ff. de leg.* 3. *Non aliter à significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.* Ut à verbis recedatur, non sufficit, ut de voluntate possit disputari, sed oportet eam esse manifestam. Si manifesta non sit, si levibus conjecturis nitatur, non est audiendus, qui verba cavillatur, & rem perspicuam vocat in disceptationem: non est admittenda voluntatis quæstio. Et huc pertinent *l.* 4. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. Labeo* 7. §. 1. *ff. de supell. leg. l. si alii* 19. *ff. de usufr. leg. l. non est ferendus ff. de transact.* & aliæ, quas ad probandam primam opinionem exposuimus in superior. Eleganter Cicero *de invent. Nihil eos, qui judicant, nisi id, quod scriptum sit, spectare oportere*: & hoc eo magis, si legitimum scriptum proferatur, id est, aut lex ipsa,

2 aut ex lege aliquid. Hujus autem multiplex est ratio. Prima, eaque potissima, quia non sufficit testatorem voluisse aliquid, nisi hoc in testamento dixerit *l. quidam* 46. *ff. de hered. instit.* Igitur nulla potest haberi ratio voluntatis, quoties aliud dixit in testamento: etiamsi enim aliud voluerit, tamen cùm id non dixerit, quia id verba non significant, quo ad id, quod voluit, deficit dispositio *l.* 3. *ff. de rebus dub. l. Labeo* 7. *in fin. ff. de supell. leg.* ac propterea voluntas illa in mente retenta nullum habet effectum.

3 Altera, quia valde periculosum est, à scripto recedere. Plerumque enim nec id quod scriptum est, sequimur, nec id, quod voluit testator. Conjecturæ enim admodum fallaces sunt, eæque numquam venerunt in mentem testatori. Itaque cùm volumus mentem retrusam testatoris indagare, ab ea quam longissimè recedimus. Optimè Cornif. *ad Heren. lib.* 2. *Deinde ostenditur, quàm periculosum sit à scripto recedere.* Cic. *de Clar. orat. Quàm captiosum esset populo, quod scriptum esset, negligi, & opinione quæri voluntates, & interpretatione disertorum, scripta simplicium hominum pervertere.* Pervertunt scilicet voluntates defunctorum, cùm verba quæ certa sunt atque perspicua, repudiant: voluntatem, quæ dubia est, & in occulto latet, consectantur. Incerta certis, obscura perspicuis anteponunt. Sapienter M. Tullius *in partit. Cur, cùm ea quæ planè scripta sint, neglexit; quæ numquam scripta sint, proferat.* Nimirum ex judicibus conjectores, & vaticinatores fiunt alienæ voluntatis: quo fit, ut sæpenumero, quo diligentiùs odorari curant, quid testator voluerit, eò longiùs aberrent ab ejus voluntate.

Adjungitur tertia ratio: quia id prope in- 4
finitum, nullisque restrictum legibus imperium tribuit pro suo arbitrio judicandi, ut animadvertit Cic. *de invent. lib.* 2. *n.* 18. *ed. Gothofr. Eos, qui judicent, certum, quod sequantur, nihil habituros, si semel à scripto recedere consueverint.* At verò, quod sanè deplorandum est, non solùm jamdiu consueverunt, sed etiam omnes fere causas, ad conjecturales redegerunt: adeoque nullis vinculis in judicando coërcentur. Conjecturas enim quilibet tanti æstimat, quanti placuerit: plena enim sunt omnia disputationibus Jurisconsultorum de singulis conjecturis acerrimè disceptantium, levesne sint, & imbecilles, an fortes, ac vehementes; & quàm magnus earum cumulus esse debeat, ut animum judicis permovere possit, ac suadere. Immensum est conjecturarum pelagus, in quo enavigando quilibet judex à proprio ingenio profectam cynosuram spectat, & contuetur. Sed hæc ratio, quantum conjectura possum augurari, nullam in animis judicum

habebit vim persuadendi. Itaque ad secundam regulam progrediamur.

5 Altera regula sit. *Si verba non sint perspicua, nec unam tantum rem significent; sit autem manifesta voluntas, non verbis, sed voluntate standum est.* Traditur hæc à Marcello in *L. non aliter 69. in pri..c. ff. de leg. 3. Non aliter a significatione verborum recedendum est, quam cùm manifestum est aliud sensisse testatorem.* Requirit JC. manifestam voluntatem testatoris, ut possimus recedere à significatione verborum. Manifestissimam requirit Imperator noster in *L. 3. C. de liber. præter. Cùm enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat.* Animadvertendum autem est, hic verba exhæredationis non fuisse usque adeo clara, ut non indigerent interpretatione: quoties igitur necessaria est in verbis interpretatione, & manifestissimus est sensus testatoris, hic præferendus est verbis. Præterquam quod in specie hujus Legis sensus testatoris apparebat ex ipsis verbis: licet enim testator perspicuè non dixisset: *Filius meus exhæres esto*: quæ sunt propria exhæredationis verba *L. 2. ff. de liber. & post.* sed tamen usus fuit verbis idem significantibus: *Filius meus alienus meæ substantiæ fiat*: nam & substantiæ nomen significat hæreditatem *L. cogi in princ. ff. ad SC. Trebell.* à qua ipsum manifestè repellit testator illis verbis *alienus fiat*, quibus ab eo alienat hæreditatem, hoc est, exhæredat. Quamobrem non solùm hic verba non pugnant cum voluntate, sed imo ex ipsis verbis colligitur manifesta testatoris voluntas.

6 His probè constitutis, facilè explicantur Leges, quæ pro voluntate contra scriptum proferuntur in quibus semper ambigua verba proponuntur. In *l. librorum 52. §. quod tamen Cassius ff. de leg. 3. Licet enim legatis libris membrana pura & charta pura non contineantur, nec legatis chartis libri debeantur, tamen cùm in usu libros plerique chartas apellent.* Dicto §. *quod tamen Cassius*, hoc efficitur, ut verba illa sint ambigua, adeoque voluntati standum sit. Observa autem verba quibus utitur Jurisconsultus: *nisi forte & hic nos urserit voluntas*: urgentem & claram voluntatem desiderat: veluti si chartas universas reliquerit, qui nihil aliud quàm libros habebat, Studiosus Studioso. Illud etiam velim observes, quod ei non sufficit quorumdam usus, sed desiderat usum plerorumque. Vide quàm multa requirat, ut à propria verborum significatione recedat. Planè verissimum est, quod à plerisque libri vocantur chartæ. Catull. *ad Mam. 69. Sed dicam vobis, vos porro dicite multis Millibus, & facite hac charta loquatur anus.* Indicat suum libellum, de quo dixerat in *ep. 1. Plus uno maneat perenne seclo.* Id: *de historia Cornelii Nepotis*, ejusque breviloquentia eod. *ep. 1. Jam tum, cùm ausus es unus Italorum omne ævum tribus explicare chartis doctis, Juppiter, & laboriosis.* Virg. *ad Messal. Natura rerum magnis intexere chartis.* Cic. *pro M. Cælio. Chartæ quoque, quæ illam pristinam severitatem continebant, obsoleverunt.* Loquitur de libris Philosophorum. Et Ovidius 3. *de Tristib. eleg. 2. Nullus in hac charta versus amare docet*, & Persius quoque dixit *Satyr. 5. nocturnis impallescere chartis.* Et quidem rectè Etenim ut refert Plinius *lib. 3. cap. 11.* Veteres primùm in foliis arborum & palmarum scripsere, quo pertinet illud Virgilii *Æneid. 6. foliis ne carmina manda.* Deinde in quarumdam arborum libris: demum conditâ Alexandriâ usus chartæ inventus, quæ ex papyro Ægyptiaca conficiebatur. Itaque liber ex corticibus arborum, charta ex papyro. Cùm autem tam in libro quàm in charta scriberetur, & idem prorsus esset utriusque usus, non mirum si chartæ pro libris, & libri pro chartis acciperentur. Est igitur utraque vox ambigua, atque ea propter voluntati standum est. Nam in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id tantùm quod volumus. *L. 3. in princ. ff. de reb. dub.*

In *l. Divus 22. ff. de usu & habit.* utique cui legatus est usus cæduæ, potest 7
eam cædere & vendere, quid quoties usus alicujus rei consistit in abusu, potest idem usuatius ac fructuarius *l. 5. §. ult. ff. de*

usufr. ear. rer. ubi ait Ulpianus. *Quæ in usufructu pecuniæ diximus, vel cæterarum rerum quæ sunt in abusu, eadem & in usu dicenda sunt: nam idem continere usum pecuniæ usum fructum, & Julianus scribit & Pomponius libro octavo de stipulationibus.* Et in *l. quoniam* 10. §. 1. *ff. eod. si usus tantum pecuniæ legatus sit, quia in hac specie usus appellatione, etiam fructum contineri magis accipiendum est.* Eaque ratio est, quia nisi liceret pecuniam expendere & cæteras res, quæ usu consumuntur, consumere, nullus esset earum usus sylvæ cæduæ, si non liceret legatario eam cædere & vendere, quod apertè nos docet Imperator Hadrianus in ea Lege illis verbis: *quia nisi liceret legatariis sylvam cædere & vendere, nihil habituri essent ex eo legato. d. l. Divus* 22. *ff. de usu & habit.*

Atque id eo magis est rationi consentaneum, quod verbum *usus* naturâ suâ generale est, & comprehendit etiam usumfructum. Nam & fructuarius utitur re, in qua usumfructum habet. Quamobrem aliquando usus & ususfructus promiscuè accipiuntur. Cic. *in Topic. in princ. Non debet ea mulier cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere: usus enim non abusus legatus est.* Lucretius *lib.* 3. quoque usum dixit vitæ nos habere, licet vita non solum utamur, sed etiam fruamur. *Vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu.* Et Cicero *in Tuscul.* vitam nos utendam ait accepisse. Et de *nat. Deor. lib.* 2. *Quod si omnes mundi partes ita constitutæ sunt, ut neque ad usum meliores potuerint esse, neque ad speciem pulchriores, mundi partium non solùm habemus usum, sed etiam fructum.* Et 4. *in Verr. Quæ bona is qui testamentum fecit, huic Heraclio, antequam est mortuus, omnia utenda possidenda tradiderat.* Imo quod Ulpianus in *l. si habitatio* 10. §. 1. *ff. de us. & habit.* ait, sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit, videndum, & Papinianus libro responsorum ait usum esse, non etiam fructum relictum. Contra Cic. *lib.* 7. *epist.* 30. cum Curius ad eum in superiore epistola scripsisset: sum enim χρήσει μὲν tuus κτήσει δὲ Attici nostri, respondit, *Atticum nostrum cujus quando proprium te esse scribis mancipio & nexu meum autem usu & fructu, contentus isto sum.* χρῆσιν interpretatus est, usum, & fructum. Eadem ratione in legibus duodecim tabularum, de quibus idem Cicero pro *Cæcin.* 54. *Lex usum & auctoritatem fundi jubet esse biennium.* Quo pertinet illud Horat. in *sermon.* 2. *lib.* 2. *Quædam, si credis consultis, mancipat usus.* Hinc à nostris usucapio est appellata, quod usu dominium acquiratur. Verumtamen qui usucapit, non tantum habet usum rei quam usucapit, sed etiam fructum. Quid? quod aliquando nomen usus etiam dominium & proprietatem comprehendit, ut in *l. ult. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* in *l. donationes* §. *species ff. de donat.*

Hic autem opportunè est animadverten- 8
dum, plura esse ambigui genera. Ambiguum enim aliquando nascitur ex dispositione verborum: quemadmodum illud est, quod à M. Tullio proponitur in libro 2. *de invent.* & à Cornific. *lib.* 1. *Heres meus uxori meæ vasorum argenteorum pondo centum, quæ volet, dato*: ubi verba illa *quæ volet*, & ad uxorem & ad hæredem referri possunt. In hoc ambiguo semper voluntati testatoris standum est: neque enim hìc voluntas cum scripto pugnat, neque ab eo dissentit: atque ideò interpretatione & scriptum voluntati, & voluntas scripto est accommodanda, ut neutrum ab altero dissentiat. Aliquando ambiguum nascitur ex aliquo verbo quod in duas pluresve sententias trahi potest. Et hoc meo judicio duplex est. Nam aut verbum ambiguum duas habet significationes, & à scriptoribus communiter aut ab usu populari in utraque significatione æquè solet accipi: & in hoc ambiguo solùm de voluntate proferentis est quærendum. Etenim in hoc quoque non discrepat à scripto voluntas, quia testator id voluit quod verbum significat, licèt in alia quoque significatione accipi possit *l. in ambiguo ff. de reb. dub.* aut verbum secundùm propriam significationem, & usum communem certam rem demonstrat, ac designat: sed tamen inspectâ primævâ ejus origine ac significatione, potest plura compre-

hendere, ut in ſuperioris legis explicatione in verbo *uſus* evenire diximus: & tunc, ut verbum illud juxta primævam, ac generalem ſignificationem interpretemur, manifeſtam, & indubitatam voluntatem teſtatoris requirimus *l. non aliter 69. ff. de leg 3.* Diſcrepat enim à ſcripto voluntas, aliud verba præ ſe ferant. Quod ſi verbum trahi non poſſit in eam ſententiam, quam præ ſe fert voluntas ſcribentis, tunc utique ſcripto ſtandum eſt, ut perſpicuè probant omnes leges, quas pro ſcripto expendimus in ſuperiore.

9 Duas alias leges explicemus. In *l. inter veſtem 33. ff de aur. & a g. leg.* ideo vo untas & uſus teſtatoris attenditur, quia veſtis virilis à muliebri ſolo uſu differt. Muliebris enim veſtis dicitur, quæ matrisfam. cauſâ eſt comparata, quâ vir non facilè uti poteſt ſine vituperatione: virilis, quæ ipſius patrisfam. cauſâ comparata eſt *l. veſtis 24. §. 1. ff. eod.* Quamobrem ſi paterfam. ſui ipſius cauſâ veſtem paraverit, eâque domi utatur tamquam virili, licet eâ ſoleant uti mulieres, illa quoad teſtatorem eſt veſtis virilis. Domi enim etiam ſine vituperatione poteſt quilibet uti eâ veſte, qua voluerit: ac propterea Quinctus Mucius referebat, ſcite ſe quemdam Senatorem muliebribus cænatoriis uti ſolitum *d. l. inter veſtem.* itaque veſtis illa cùm ex deſtinatione, tum ex uſu teſtatoris in virilem quodammodo eſt transformata: propterea & voluntatem & uſum teſtatoris ſequimur *l. ubi eſt ambiguitas ff. de reb. dub. l. fcrvus 50. §. ult. ff. de leg. 1.* nec tamen à verbis recedimus, cùm ea ad hanc ſignificationem detorſerit uſus, & deſtinatio teſtatoris. Hæc enim vocabula hominum arbitrio indita ſunt, nec immutabilia ſunt; ut rerum vocabula *l. 4. ff. de leg. 1. l. 7. §. 1. ff. de ſupell. leg. l. ſi cui ædes 31. ff. de leg. 3.*

10 Ex his dirimi poteſt controverſia inter Servium, & Modeſtinum, quorum ille in *l. Labeo 7. §. Servius ff. de ſupell. leg.* aïebat legato ſupellectilis non contineri argentum eſcarium, etiam ſi teſtator hoc adſcribere ſupellectili ſolitus fuiſſet: hic autem in *l. 8. eod.* ait contineri; ſi de hoc etiam teſtator ſenſerit. Etenim animadvertendum eſt, quod conſideratâ veterum Romanorum parſimoniâ, & frugalitate, qui fictili, aut ligneâ, aut vitreâ, & æreâ ſupellecti utebantur *l. Labeo 7. §. 1. ff. de ſupell. leg.* argentum eſcarium & potorium ſupellectilis appellatione non continebatur, ſed argenti nomine *l. 1. l. 3. §. nec intereſt l. 7. §. 1. ff. de ſupell. leg.* Certè Cicero ſupellectilem ſemper diſtinguit, ac ſeparat ab argento. *Lib. 11. ad Attic. ep. ult. Te oro, ut in perditis rebus, ſi quid cogi, conficique poteſt, quod ſit in tuto, ex argento, neque ſatis multa ex ſupellectile, des operam.* Et in *Verr. Lib. 2. ſtudioſus hæc comparârat, ſupellectilem ex ære elegantiorem, & Deliacam & Corinthiam: tabulas pictas: etiam argenti bene facti, prout Thermitani hominis facultates ferebant, ſatis.* Poſtea vero Aſiæ deliciis priſca ſeveritate mitigata, luxuque gliſcente invaluit uſus argenteæ ſupellectilis, & etiam argentum eſcarium & potorium ſupellectili cœpit adnumerari. Nec perperam meo judicio. Nam vaſa eſcaria & potoria ſupellectilis ſunt. *l. 3. §. vitrea l. vaſa ff. de ſupell. leg. Paul. lib. 3. ſentent. tit. de legat. §. 70. Horat. Serm. 6. lib. 1. vilis cum patera guttus Campana ſupellex.*

Quidni igitur & vaſa argentea ad edendum, bibendumque comparata ſupellectili adſcribantur, poſtquam increbuit conſuetudo ea ex argento conficiendi? Etenim ſpeciem potiùs rerum, quàm materiam intueri oportet, ſupellectilis potiùs, an argenti, an veſtis ſint *l. 7. §. 1. in fin. ff. de ſupellect. leg.* Itaque Paulus *Lib. 4. ſentent. tit. de legat. §. 67.* ſine ulla hæſitatione hæc vaſa ad ſupellectilem adſcripſit. Ibi: *ſupellectile legata capſæ, armaria, non ſolùm librorum, aut quæ veſtis ponendæ gratiâ parata ſunt, debentur: ſed & byſſina, & cryſtalla, & argentea, & vitrea vaſa tam eſcaria, quàm pocularia, & veſtes ſtratoriæ legato cedunt.* Locus valde corruptus. Viri docti emendant, & quidem meo judicio rectiſſimè. *Non quæ ſolùm librorum aut veſtis ponendæ gratia parata ſunt*: ne Paulus à ſe ipſo diſſentiat, qui in *l. 3. §. præterea ff. de ſupell. leg.* contrarium ſcripſit. Fortaſſe etiam librarius omiſit verbum *quæ*

poſt

post particulam *non*, cùm iterum esset adjectum post verba, *aut quæ*, ne bis idem verbum repeteret; ideoque ita legi potest: *non quæ solum librorum, aut quæ vestis &c.* quod est elegantius. Ac si nihil mutare placeat particula *non* erit referenda ad verbum *solùm*. Emendant etiam verbum *byssina*, quod nullum idoneum sensum habet, & mutant in *murrina* aut *buxina*, hoc est, ex buxo fabrefacta. *Murrina* magis placet: quæ cum crystallinis conjunxit idem Paulus in *l. 3. §. de murrinis ff. de supellect. leg.* Est enim maximè conveniens, ut quæ magni pretii sunt, & de quibus dubitatur, simul jungantur, ut sunt murrina, crystallina, argentea, de quibus pertractat etiam in laudata *l. tertia*.

Quantùm ad rem nostram pertinet, propter communem populi usum, qui supellectili adscribit etiam vasa argentea ad edendum & bibendum parata, ambiguum nascitur, utrum argento, an supellectile contineantur; in ambiguo autem voluntas testatoris spectanda est, ut diximus. Ideoque Modestinus in laudata *l. quidam* 8. *ff. de supell. leg.* ait, hæc quoque deberi, si de his quoque testatorem sensisse probatum fuerit: quemadmodum de candelabro argenteo respondit Paulus in *l. 3. in fin. ff. eodem.* Tempore autem Servii, cùm nondum increbuisset usus argenteæ supellectilis, nec eo tempore error jus faceret, verbis non voluntate standum erat. Porrò Modestinus fortasse lautitiam luxumque Romanorum morosè fastidiens non facilè adducebatur, ut argentum escarium & pocularium supellectili adscriberet voluntas testatoris, quod facilè Paulus multò idulgentior admiserat.

11 Superest explicanda *l. Proculus ff. de usur.* à nostris interpretibus maximè vexata. Omitto eos, qui putant in legato ibi proposito solum usumfructum contineri, quorum sententiam non improbo. Sed ne à communi opinione recedamus, quæ verbis Legis est magis consentanea, dicendum est, ibi proprietatem legatam videri, hoc est, non solùm usumfructum insulæ, sed ipsam insulam, non vi solius verbi *usufructus*, nec ex vi solius voluntatis aliis verbis non significatæ extenditur quidem legatum ususfructus ad totam insulam ex voluntate testatoris: Sed hæc voluntas non ex conjecturis ex interpretum mente prognatis colligitur, sed ex verbis, & toto complexu dispositionis indubitanter apparet. Testator enim adjiciendo conditionem illam: *quoad aliius, quam uti nunc sunt, ædificatæ non erunt*; apertè declaravit, se legare etiam proprietatem: hæc enim conditio impleri non potest, nisi legato etiam proprietas contineatur. Etenim si proprietas illarum ædium non ad legatarium, sed ad heredem pertineret, non possent ædes illæ servitutem altius non tollendi debere aliis ædibus heredis, cùm res sua nemini serviat. *l. uti frui ff. si usufr. petat. l. in re communi ff. de servit. urban. præd.* Itaque conditio adjecta efficit, ut voluntas transeat in dispositionem. Licet enim conditio non disponat *l. si quis sub conditione 8. ff. si quis omissa causa testam.* tamen habet vim declarandæ voluntatis, & secundùm eam extendendæ, vel adstringendæ dispositionis. Optimum exemplum in *l. denique Pegasus 8. §. interdum ff. de pecul. leg. Interdum*, inquit, *si non sit legatum peculium, velut legatum sic accipitur.* Id efficit adjecta conditio, quam subjicit. Testator enim servo libertatem dederat: de peculio nihil dixerat: sed legato libertatis conditionem adjecerat: si rationes reddidisset & centum heredibus intulisset. Imperator ex eo, quod testator jusserat, servum ex peculio centum inferre, rescripsit etiam peculium legatum fuisse. Aliud exemplum in *l. species 15. ff. de aur. & arg. leg.* ubi Scævola: *species argenti legavit Seja: & ab ea petiit in hæc verba: à te Seja peto, ut quicquid tibi specialiter in auro, argento legavi, id, cùm morieris, reddas, restituas illi & illi, vernis meis, quarum rerum usufructus, dum vives, tibi sufficiet. Quæsitum est, an usufructus auri, & argenti solus legataria debeatur: respondit, verbis, quæ proponerentur, proprietatem legatam, addito onere fideicommissi.* Observandum est, quod proprietas etiam legato continetur, & quidem non ex sola voluntate testatoris, sed ex verbis, ut ait Scæ-

vola, quia non poteſt reſtituere, niſi id ſit conſequtua. Uſusfructus autem facile trahit ad ſe proprietatem, & cum ea commiſcetur, & ut aïunt noſtri, cum ea conſolidatur. Elegans eſt Ciceronis reſponſum in *epiſt.* 30. *lib.* 7. *cujus quando proprium te eſſe ſcribis mancipio & nexu, meum autem uſu, & fructu: contentus iſto ſum*: id enim cujuſque eſt proprium, quo quiſque fruitur, atque utitur.

Ad tertiam regulam progrediamur. Ea ſit
12 hujuſmodi. *Quando plus dictum, minus ſcriptum eſt, attenditur potius dictum, quàm ſcriptum.* Evenit hoc primùm, quando teſtator aliquid dixit; teſtamentarius, vel etiam ipſe teſtator per errorem minus ſcripſit. Quemadmodum relatum eſt in *l. quoties* 9. *§. ſed ſi* 2. *cùm ſeqq. ff de hered. inſt.* Ibi: *ſi cùm dictaſſet ex ſemiſſe aliquem ſcribi, ex quadrante ſit ſcriptus, poſſe defendi ex ſemiſſe heredem fore, quaſi plus nuncupatum ſit, minus ſcriptum: idemque eſt, etſi ipſi teſtator minus ſcribat, cùm plus vellet adſcribere. Sed etſi majorem adſcripſerit teſtamentarius, vel (quod difficilius eſt probatione) ipſe teſtator, ut pro quadrante ſemiſſem; Proculus putat ex quadrante fore heredem, quoniam ineſt quadrans in ſemiſſe, quam ſententiam & Celſus probat*, in *l. qui quartam* 15. *ff. leg.* 1. *Qui quartam partem bonorum legare voluit, dimidiam ſcripſit: Proculus rectè ait poſſe defendi quartam legatam, quia ineſſet dimidiæ. Idem erit, etſi quinquaginta voluit legare, & centum ſcripta ſint, quinquaginta enim debebuntur: ſed & ſi plus legare voluit, minus ſcripſit: valebit legatum.*

13 Secundò, quando teſtator omiſit quædam verba, quæ ad complendam orationem neceſſaria videntur, ut in *l.* 1. *§. ſi autem & duob. §§. ſeqq. ff. de heredum inſt. l. errore C de teſtam.* Etenim quod deeſt aut ex verbis antecedentibus, & ſubſequentibus ſuppletur iis ad communionem aſſumptis, ut ait Papinianus in *l. cùm pater* 77. *§. cum imperfecta* 22. *ff. de leg.* 2. & *l. unum ex familia* 61. *§. ſi omiſſa ff. eod.* aut ſuppletur à lege, ut in laudata *l.* 1. *§. ſi autem ff. de hered. inſt.* & in *l. errore C. de teſtam.* Lex enim plerumque etiam imperfectam ſcripturam probat, maximè in fideicommiſſis, in quibus etſi verba fideicommiſſi deſint, tamen pro fideicommiſſo accipit. *l. unum ex familia §. ult. ff. de leg.* 2. Ibi: *Et ideo Princeps providentiſſimus, & juris religioſiſſimus cùm fideicommiſſi verba ceſſare animadverteret, eum ſermonem pro fideicommiſſo reſcripſit accipiendum. l.* 2. *§. & nemo moriens C. comm. de legat. l. cum proponebatur* 64. *ff. de leg.* 2. *Etenim in cauſa fideicommiſſi, utcumque precaria voluntas quæreretur, conjectura potuit admitti l.* 2. *C. de his, quæ ſub modo leg.* ad quam intelligendam ſciendum quod verbo *relinquo* neque legatum, neque fideicommiſſum inducebatur: non legatum, quia directum verbum non erat; non fideicommiſſum, quia nec erat precarium. *Paul. lib.* 4. *ſent. tit.* 1. *de fideicomm. §.* 10. *Relinquo vero & commendo, nullam fideicommiſſi pariunt actionem.* Veruntamen, ſi conſtet de voluntate teſtatoris, etiam verbum *relinquo* inducit fideicommiſſum aut legatum, ut in *l. Lucius* 78. *§. filiam* 8. *ff. ad SC. Trebell. Ducentos aureos relinquo, quo legato ſcio illum contentum eſſe.* Verba illa *quo legato* &c. certo demonſtrant voluntatem teſtatoris legatum relinquere volentis. Sic & in *l. Pamphilo* 36. *in pr. ff. de legat.* 3. proponitur, teſtatorem ita ſcripſiſſe: *Scio omnia, quæ tibi, Pamphile, relinquo ad filios meos perventura, cùm affectionem tuam circa eos benè perſpectam habeam.* Reſpondetur, *non videri quidem, quantùm ad verba teſtatoris pertinet, fidei commiſſum Pamphili, ut centum reſtitueret, ſed cùm ſententiam defuncti à liberto decipi ſatis inhumanum eſt, centum ei relictos filiis teſtatoris debere reſtitui, quia & in ſimili ſpecie Imperator noſter Divus Marcus hoc conſtituit.* Marci reſcriptum à Papiniano relatum eſt in *l. unum ex familia, §. itm Marcus ff. de leg.* 2. Non eadem eſt ratio, ſi dixerit teſtator: *puto te conſequuturum*: hæc enim verba fideicommiſſum non inducunt *l. generali* 32. *ff. de uſu, & uſufr. leg.* verba *ſcio, non dubito*, cùm certam ac deliberatam voluntatem teſtatoris demonſtrent, licèt non ex natura ſua, tamen ex legis interpretatione fideicom-

missum inducunt d. *l. unum ex familia* 67. *§. ult. ff. de leg.* 2. verùm *puto*, cùm opinionem tantummodo præ se ferat, non inducit *d. l. generali*. Idem rescriptum est de verbo *commendo* in *l. ex verbo C. de fideicomm. libert.* ne quidem favore libertatis *l. quoties C. famil. ercisc. l. Thais. §. Lucius Titius*, 6. *ff. de fideic. libert.* ubi plura alia concurrebant verba, quibus videbatur constare de voluntate testatoris: nihilominus respondit Scævola non necessitatem hæredibus impositam, sed arbitrium permissum. Rectè, quia verbum *commendo* non obligat *l. ult. C. quod cùm eo, qui in al. pot. l. si vero*, 2. *§. cùm quidam*, 2. *ff. mand.*

14 Tertiò, cùm lex ipsa præsumit plus dictum, minus scriptum, ut in celeberrimo responso Papiniani in *l. cùm avus ff. de cond. & demonstr.* Tunc autem nulla verba sunt necessaria. Neque enim ex interpretatione verborum, sed ex conjectura pietatis à lege suppletur, quod minus scriptum esse præsumit: *fideicommissi conditionem conjecturâ pietatis respondi defecisse, quòd minus scriptum, quàm dictum fuerat, inveniretur.*

15 Superior regula exceptionem habet: *Si quod minùs scriptum est, ad substantiam dispositionis pertineat, quod minus scriptum est, attenditur, non quod magis dictum, & , si deficiat dispositio, neutrum attenditur.* Exempla proponuntur ab Ulpiano *in l. quoties* 9. *ff. de hæred. instit.* Si testator alium hæredem scribere voluit, alium scripsit, neuter hæres erit: non, quem voluit, quia non scripsit: non, quem scripsit, quia non voluit: si quis lancem legare volens, vestem legaverit, neque lanx debetur, quia non legavit, neque vestis, quia legare noluit. Si voluit institutioni conditionem inserere, & non inseruit, nulla est institutio, quia institutus nec purè hæres esse potest, quia testator noluit, nec sub conditione, quia non scripsit. Omissa conditio à lege non suppletur: adjecta detrahitur. Facilius lex detrahit aliquid, quàm adjiciat. Sic etiam ab institutionibus detrahit certum tempus adjectum, & ab omnibus ultimis voluntatibus detrahit impossibiles conditiones §. *hæres* 9. *cum seq. inst. tit. de hæred. instit.*

Quarta regula, quam constituimus, *In fideicommissis voluntatem potius, quàm verba spectamus*: tradita est ab Imperatoribus in *l. cùm virum* 16. *in fin. C. de fideicomm. Sane quoniam in fideicommissis voluntas magis quam verba plerumque intuenda est.* & Marciano in *l. quisquis* 95. *in fin. ff. de leg.* 3. *Voluntatem præterea defuncti, quæ maximè in fideicommissis valeret, ei sententiæ suffragari.* Exempla attulimus modò in explicatione superioris regulæ, ex quibus etiam constat, cur Imperatores adjecerint *plerumque*, & Jurisconsultus *maximè*: quia non semper id obtinet, ut apparet ex laudatis exemplis. Ratio autem, quâ hæc regula nititur, ea est, quia fideicommissa etiam sine verbis relinqui possunt, vel solo nutu *l. nutu* 21. *ff. de leg.* 3. *l. & in epistola C. de fideicomm.* 16

Quinta: *idem obtinet in conditionibus.* Ulpianus in *l. in conditionibus* 19. *ff. de cond. & dem. In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones.* Papinianus in *l. Pater Severianam* 101. *in princ. ff. eod. cùm in conditionibus testamentorum, voluntatem potius, quàm verba considerari oporteat.* Exempla plura occurrunt. Primum in *l. fideicommissa* 11. *§. si cui ita fuerit* 11. *ff. de leg.* 3. *Si cui ita fuerit fideicommissum relictum: si morte patris sui juris fuerit effectus, & emancipatione sui juris factus sit, non videri defecisse conditionem.* Mors ad emancipationem extenditur, quia utraque filium liberat à patria potestate. Effectum, quem voluit testator, non verba quantumvis perspicua, spectamus. Etenim testator illam conditionem adjecit, ut filio non patri legatum acquireretur, quod utro modo contingat, nihil interest. Itaque & conditio emancipationis ad mortem, imò & ad deportationem trahitur *l.* 3. *C. de inst. & subst.* Paulus *lib.* 4. *sent. tit.* 16. §. 12. *In tempus emancipationis, vel cùm sui juris erit fideicommissum relictum, quocumque modo patria potestate liberato debetur.* Et quidem statim debetur, statim enim cedit legati dies *l. si ita esset* 15. *ff. qu. d. leg. ced.* Aliud 17

exemplum proponitur ab Ulpiano in ea conditione: *si in tutelam suam venerit*: quâ conditione significatur pubertatis tempus *l. cùm filiosfam.* 50. *ff. de leg.* 3. Atque hæc est horum verborum significatio apud Oratores, Cic. *de invent. lib.* 2. *& de clar. Orator.* ubi refert acerrimam in foro disputationem inter Crassum & Scævolam, cujus meminit etiam Quinctilianus *lib.* 7. *cap.* 6. Nihilominus tamen aliquando accipitur pro tempore, quo & pubes, & paterfam. erit: aliquando pro ætate vigintiquinque annorum, aliquando pro liberatione à morbo, propter quem curatorem habet *d. l. cùm filiosfam. ff. de leg.* 3. Idem responsum fuit de conditione: si sui juris fuerit factus, & in aliis, quæ proponuntur in eadem *l. cùm filiosfam.* 50. §. *sic autem cum seqq. usque ad fin.* in quibus posthabitâ significatione verborum, id quod sensit, aut verisimile est sensisse testatorem, attenditur. Adeo, ut etiamsi dixerit, cùm ad pubertatem pervenerit: id de ætate viginti quinque annorum sit intelligendum, si de hac ætate testatorem cogitasse verisimile sit: veluti si hanc conditionem adjecerit ei qui jam pubes est *d. l.* 50. §. *ego quidem.* Sic etiam conditio: *si intra trigesimum annum decesserit, hæreditatem patruo restituat*: deficere dicitur, etiamsi intra trigesimum annum decesserit, si quidem liberos reliquerit, de quibus nullam fecit mentionem testator *l. cùm avus* 102. *ff. de cond. & demonstrat. l. cùm acutissimi C. de fideicomm.* Sed omnino singulare est quod dicitur in *l. talem* 51. *in fin. ff. de hæred. inst. Stichus, si meus erit, cùm moriar, hæres esto*: manumissus à vivo testatore nihilominus hæres est. Verba *si meus erit* interpretanda *si non fuerit alienatus*, quia ea testator adjecit, ut sibi, non alteri hæreditatem acquireret.

CAPUT XX.

Ad l. 1. §. 1. *ff. de leg. præstand.*

SUMMARIUM.

1 *Verba generalia generaliter intelligenda sunt. Exempla afferuntur.*
2 *Tam in contractibus.*
3 *Quàm in ultimis voluntatibus.*
4 *Etiam adjectis specialibus, quæ restringere possint, modò non repugnent.*
5 *Genus non restringit factum testatoris.*
6 *Neque locus.*
7 *Neque nomen singulare.*
8 *Verba generalia latius & angustius interpretari possumus ex conjecturis.*
9 *Latius interpretamur si quid enumeretur, quod ad genus magis patens pertineat.*
10 *Vel si aliquid exceptum sit ex latiore genere.*
11 *Angustius, si species adjiciatur, ipsa enim coarctat ad illud genus cui species subest.*
12 *Si genus ad speciem referatur expressè, vel tacitè & n.* 13.
14 *Si actus inutilis esset, vel legis dispositioni repugnaret.*
15 *Si lex disponat.*
16 *Si testator destinaverit.*

VErba generalia generaliter esse intelligenda tradunt omnes: nam & id verborum significatio exigit, & legum auctoritate confirmatur. Optimè Ulpian. in *l.* 1. §. 1. *ff. de legat. præst. Generaliter autem parentes, & liberos prætor excepit: nec gradus liberorum parentumque enumeravit, in infinitum igitur eis præstabitur.* Hoc quidem de edicto prætoris est traditum, sed in omni dispositione eadem est ratio. Genus enim singulas species continet, & qui de genere aliquid disponit, id ipsum de singulis speciebus disposuisse censetur. *l. si chorus* 79. *in princ. ff. de leg.* 3. *l. Mævius* 66. §. *non idem ff. de leg.* 2. Ad hanc regulam explicandam exempla subjiciemus. 1

2 In *l. quicquid adstringendæ* 9. *in princ. vers. nec cursum. ff. de V. O.* Quidam promiserat stipulanti vasa aut servos, conventus à creditore opponebat, se de certis vasis, aut servis sensisse. Respondit Celsus, eum non esse ferendum. Stipulatio stricti juris est, nec in ea continetur, nisi quod palam verbis exprimitur *ead. l. in princ.* Constat igitur quòd genere nominato, singulæ species pro expressis habentur; adeoque continentur etiam cùm verba propriè, &, ut nostri aïunt, in stricta significatione sunt accipienda.

3 Idem obtinet etiam in ultimis voluntatibus: adeo ut præsumatur cognitio eorum, quæ à lege requiruntur, ne recedatur à ge-

nerali verborum significatione. Etenim de controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, transigi non potest, nisi inspectis, cognitisque verbis testamenti *l. de his 6. ff. de transact.* Ferendus tamen non est qui generaliter in his, quæ testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam, quod posteriore legatum sit. Qui primam partem testamenti inspexit, totum inspexisse præsumitur: non tamen præsumitur legisse codicillos *l. non est ferendus ff. eod.* Hinc in celebri quadam causa dicebam, non esse ferendum hæredem, qui, cùm legata in testamento relicta solvisset, agebat se non legisse postremam testamenti partem, in qua fuerat à patre institutus, adjecta prohibitione detractionis legitimæ & Trebellianicæ.

4 Imò etsi verba quædam specialia generalibus adjecta sint, quæ possint ea restringere, si commodè aliter possint interpretari, non obsunt verbis generalibus. Itaque si servi omnes cum peculio legati sint, etiam si adjectio illa, *cum peculio* restringere possit legatum ad servos peculium habentes; tamen responsum est, etiam eos deberi, qui nullum peculium habent *l. si cùm servi 52. ff. de leg. 1.* Item legatis omnibus ancillis, & quod ex his natum erit; vel legata ancilla cum liberis; & ancilla sola, si non sunt liberi, & liberi, si non sunt ancillæ, debentur: neque enim verba illa *cum liberis* restringunt legatum ancillarum, neque liberi accessionis causâ legati sunt *l. si ancilla 62. eum seq. ff. de leg. 1.* Et quod magis est, si quis ita leget: *omnibus libertis nostris cibaria præstabitis pro arbitrio vestro, non ignorantes, quos ex his charos habuerimus*, verba hæc adjecta legato generali, illud non restringunt ad eos libertos, quos charos habuit testator. Imò & si deinceps certos aliquos libertos nominatim commendet hæredi testator, nihilominus non his solis cibaria debebuntur, sed omnibus, & arbitrium hæredis erit in statuendo alimentorum modo *l. verba 5. ff. de alim. leg.*

5 Nec factum quidem testatoris legatum restringit. Quapropter si quis legaverit alicui ea, quæ vivus præstabat, debetur etiam habitatio, licèt domum, in qua vivo testatore habitabat, alii legaverit *l. Sempronio 33. in princ. ff. de usufr. leg.*

Nec locus quidem legato generali quicquam detrahit. Nam penu legata non solùm debetur penus, quæ in cænaculo est, sed etiam, quæ in horreis *l. ult. ff. de pen. leg.* Imo & condimenta, in quibus edimus, debentur *l. 3. ff. eod.* 6

Nomen quoque singulare plures personas comprehendit. In *l. qui filiabus 17. §. 1. ff. de leg. 1.* Si qua filia mihi genitur, ei hæres centum dato; si plures genitæ fuerint, singulis centum debentur. Eadem ratione siquis ita legaverit, hæres meus dato, non solùm omnes hæredes primi gradûs, sed omnes hæredum gradus comprehendit *l. si plures 98. ff. de leg. 3.* Minus hac de re dubitandum est, quando disjunctum disponitur, veluti, *Titius, & Sejus, uterve eorum vivet, hæres esto l. Titius 24. cum duabus seqq. ff. de hæred. instit.* vel, *Lucio & Titio eorumve, cui fundum lego l. si fundum 81. §. his verbis 8. ff. de leg. 1.* Nam evidens est tum utrumque, tum alterum eorum, si alter non vivat, esse comprehensum. 7

Animadvertendum tamen est, quod plerumque genus & latius patere, & contrahi potest angustius. Tunc autem, cùm utrovis modo illud accipiamus, à verborum significatione non recedamus, facilè ex conjecturis hanc, vel illam interpretationem amplecti debemus. Ac vehementer errant illi, qui huc referunt regulam traditam in *l. non aliter 69. in princ. ff. de leg. 3. Non aliter à significatione verborum recedere oportet, quàm si manifestum est, aliud sensisse testatorem.* Ut enim verba ad alium sensum detorqueantur & impropriè intelligantur, manifestum esse debet, ita sensisse testatorem, ad quod probandum evidentes conjecturæ requiruntur, quia repugnat significatio verborum. At verò ut verba generalia modo latius, modo angustius interpretemur, quælibet conjecturæ sufficiunt, cùm verba non repugnent, nec ad alienum sensum sint detor- 8

quenda. Itaque in §. 1. *ejusdem legis* JCtus agens de interpretando legato generali, *omnes juvenes quos in ministerio habeo*, ait ad notionem ejus, qui ea de re cogniturus est, id pertinere, tùm nihil certo definiri possit, quia plerumque abusivè loquuntur testatores. Atque id uberius ac distinctius est explicandum.

9 Ad dilatandum genus duo solent esse in primis accommodata. Primùm, si aliquid fuerit enumeratum, quod ad genus latiùs patens pertineat. In *l. quisquis* 95. *ff. de leg.* 3. Quidam hæredi præceperat, ut Titio restitueret, quantas summas dictasset. Verbum *summas* potest referri tum ad pecuniam numeratam, tum etiam extendi ad res corporales, & prædia, ut ibi probat Jurisconsultus. Sed cùm testator inter eas summas dictasset etiam quasdam res corporales, dubitari non potest, etiam prædia complecti voluisse.

10 Secundò si aliquid ex illo genere summo fuerit exceptum, reliqua enim, quæ sunt ejus generis, continebuntur. Optime Neratius *in l. quæsitum* 12. §. *Neratius* 3. *ff. de fund. instruct. Denique Neratius libro quarto epistolarum Marcello fratri suo respondit, & vestem domûs instructæ legato contineri, maximè, inquit, in proposita specie; proponebatur enim, qui legaverat, argentum & rationes excepisse: nam qui hæc, inquit, excepit, non potest, non videri de cæteris rebus, quæ in ea essent, sensisse.* Simile responsum habetur in *l. generali* §. *uxori ff. de usufr. leg.*

11 Ad coarctandum autem genus idoneæ sunt quamplurimæ conjecturæ. Ac primùm licèt species expressa non soleat minuere legatum, sed ex abundanti adjecta intelligatur *l. quæsitum* §. *Si quis fundum penult. ff. de fund. instruct.* quia genus ad speciem redigi non potest repugnante verborum significatione, à qua recedendum non est *l. non aliter ff. de leg.* 3. tamen species adjecta coarctat genus non ad solam speciem expressam, sed ad illud genus, cui subest illa species. Efficit enim, ut similia expressis tantummodo contineantur. Exemplum animadversione, ac notatione dignissimum habemus in *l. & mulieri* 15. *ff. de curat. fur. iof.* ubi Paulus ait, quod furiosus in bonis sui curatoris habet privilegium exigendi, subdit deinceps: *prodigus, & omnes omnino in bonis curatoris decreto privilegium consequentur. Omnes omnino,* profectò non potest exeogitari locutio magis generalis. Nihilominus tamen Ulpianus in *l. idem privilegium ff. de privil credit. seu de reb. auct. jud. poss.* ait: *Sed si bonis Curator datus sit, vel absentis, vel ab hostibus capti, vel dum deliberant hæredes de adeunda hæreditate, non oportebit privilegium dari; non enim in eadem causa sunt.* Nimirum verba illa, *omnes omnino*, comprehendunt solùm similes expressis, videlicet curatores, qui dantur personæ, non eos, qui dantur bonis, qui in eadem causa non sunt, & sunt diversi generis. In ultimis voluntatibus exemplum suppeditat Pomponius in *l. ult.* §. *cui dulcia ff. de trit. vin. & ol. leg. Si cui dulcia legata sint, non solùm dulces potiones, sed etiam dulcia esculenta legato continentur: Sed si quis leget vinum amphorarium, aminaum, græcum, & dulcia omnia, nihil inter dulcia, nisi quod potionis est, continetur ex collatione vini amphorarii.* Verba non solùm generalia, sed etiam universalia, *dulcia omnia*, coarctantur ad genus potionis, propterea quod expressum est vinum, quod subest generi potionum. Simile est, quod traditur in *l. nam quod liquida in fin. ff. de pen. leg. Si ita scriptum sit: omnem penum præter vinum, quod Romæ erit: Sola penus, quæ Romæ est, legata videtur.* Probè errant, qui putant pronomen illud relativum *quod* referri etiam ad penum: licèt enim penus dicatur de omnibus generibus *ead. l.* §. *nomen*, tamen hic Jurisconsultus, qui dixit *omnem penum*, non potest sine solœcismo ad penum referre pronomen *quod* neutrius generis. Non dissimile est etiam, quod traditur in *l. quæsitum* 78. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Legatum ita fuerat, Argentum omne, & supellectilem, quodcumque habeo tibi dono, & quicquid in prædio Semproniano habeo. Responsum est, non videri legatam supellectilem, & argentum, quod alibi*

est, nisi hoc quoque in legato contineri legatarius probaverit: Ultima verba legati restringunt antecedentia generalia. Sed hac de re, de qua sæpissime disputatur in foro, disputabimus accuratius alio capite separatim.

12 Secundo, si genus ad speciem referatur: verba enim generalia coarctantur ad speciem, ad quam referuntur *l. si quis in principio* 22. *ff. leg.* 3. Hæc autem relatio & expressim, & tacitè fieri potest: si expressim referatur, dubitandum non est, id tantummodo contineri, quod inter contrahentes placuerit, aut testator voluerit *l. qui cum tutoribus* §. *transactio ff. de transact. l. Si de certa* 31. *C. eod. & d. l. si quis in princ.* 22. *ff. de leg.* 3. Etenim rectè aiunt DD. referens est in relato cùm omnibus suis qualitatibus *l. asse toto ff. de hered. instit.*

13 Idem prorsus dicendum est; si tacitè referatur. Nam id habetur pro expresso, veluti si de aliqua certa re actum fuerit inter contrahentes, & deinceps verbis generalibus contraxerint stipulationem, ut in *l. triticum* 94. *ff. de V. O.* in qua verba illa, *si de aliquo tritico cogitaverit*, interpretanda sunt, si de certo tritico actum fuerit: neque enim in stipulatione sufficit unius tantum cogitatio consensusque, sed utriusque conventio requiritur *l. inter stipulantem* 81. *ff. eod.* Et ne quis existimet, hoc ideo responsum fuisse, quia alioquin inutilis esset stipulatio, idem traditur à Scævola in *l. emptor* 47. §. *ult. ff. de pact.* ubi verba illa generalia, *Si quod instrumentum à te emissum, id est, scriptum, cujuscumque summa, ex quacumque causa apud me remansit, vanum & pro cancellato habeatur. Respondit, quod si tantum ratio accepti & expensi computata fuit, cæteras obligationes in illis non contineri, easque salvas in sua causa manere.* Verba illa, *cujuscumque summa: & ex quacumque causa* coarctantur ad accepta & expensa, quorum ratio fuit computata. Eadem observanda in ultimis voluntatibus. In *l. qui liberis* 8. §. *ult. ff. de vulg. & pupill.* Verba illa *quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto*, Ulpianus interpretatur, ut non contineant generaliter omnes heredes: hoc est, neque heredes heredis, neque dominum, aut patrem, qui per servum, & filium facti sunt heredes:cum enim hi nominatinon sint in testamento, nec veniant ex judicio defuncti, ad eos non referuntur verba testatoris, sed ad eos tantummodo, quos ipse heredes instituit. Eâdem ratione restringitur legatum in *l. prædiis* 91. *in princ. ff. de leg.* 3. Quidam filiæ prælegavit prædia cum reliquis actorum, & colonorum: respondit Papinianus, ea tantum reliqua deberi, quæ de reditu prædiorum in eadem causa manserunt: adeo ut sive quid debeant domino coloni & actores ex alia causa quam ex reditu prædiorum: sive id, quod ex reditu prædiorum debebant coloni, exactum fuerit à domino, & relatum in calendarium, cujus cura ad actores pertinebat; id omne in legato non contineatur, etiamsi actores quoque fuerint prælegati. Quia reliqua referuntur ad prædia legata, & ideò nihil aliud iis continetur,quam quod tempore mortis testatoris ex ea causa debebatur, & quod in aliam causam conversum est, ampliùs ex ea causa non debetur, nec est debitum aut reliquum prædiorum, sed calendarii. In *l. quoties* 10. *C. famil. ercisc.* Pater dividit hereditatem inter filios & singulos certis possessionibus cum mancipiis, quæ ibi sunt, jubet esse contentos; deinde universa mancipia sine ulla heredum discretione commendat heredibus: unicuique videtur commendare ea, quæ ipsi reliquit in testamento. Illud hîc animadvertendum, quod etiamsi verba generalia non in eodem testamento subjiciantur, sed in codicillis; tamen si referantur ad ea, quæ in testamento disposita sunt, iisdem terminis circumscribuntur. Itaque in *l. legatorum* 33. §. *ult. ff. de leg.* 2. cum testator plures heredes in testamento scripsisset, & à singulis heredibus nominatim legata reliquisset, licèt postea codicillis ea repetierit, & ad omnes heredes generaliter scripserit: tamen ea, quæ codicillis dedit, ab iis tantum præstanda sunt, quos testamento damnavit.

Tertio, verbis generalibus non continetur 14

actus inutilis, vel id, quod repugnat legis dispositioni. Ac si totus actus futurus esset inutilis interpretando verba in tota sua latitudine, genus ad speciem redigitur: si verò in generali dispositione continetur aliquid, quod non est permissum, aut futurum est inutile, id tantummodò ex genere exemptum censetur. Primi generis exemptum censetur. Primi generis exempla sunt in *l. eum qui calendis* 41. *in princ. ff. de V. O.* Quidam stipulanti promiserat, se daturum calendis, hic sermo generalis continet omnes futuras calendas, tam proximas, quam remotas, imò & remotissimas. Et quidem secundùm naturam stipulationis de remotissimis videretur intelligendus. Nam si quis post annum aut biennium dare promisit, post biennium solummodò tenetur *l. si ita stipulatus* 109. *ff. de V. O.* Sed quia hac interpretatione fieret inutilis stipulatio, quia debitor nunquam cogi posset ad solvendum, semper enim opponeret nondum venisse calendas stipulatione comprehensas: idcirco sermo ille generalis, qui revera continet infinitas calendas, coarctatur ad proximas. In *l. paterfam.* 44. *ff. de hered. inst.* Testator duos heredes instituens monumentum in diebus certis eos facere jusserat: deinde ita scripsit, *qui eorum non ita fecerit: omnes exheredes sunto.* Alter ex illis non adivit hereditatem: alter verò monumentum fecit, ut præceperat testator; poterit ille adire hereditatem. Verba illa *omnes exheredes sunto* coarctantur ad eum, qui monumentum non fecit. Quid ita? Quia nemo ex alterius facto vel hereditati alligari, vel exheredari potest.

Secundi generis exempla sunt in *l. si quando* 109. *ff. de leg.* 1. Quidam uxori legavit, quæ vivus donaverat: hoc generali sermone continentur solum ea, quæ inutiliter donaverat, nam in iis, quæ utiliter donaverat, est inutile legatum. in *l. legata* 19. *ff. eod.* Verba illa, *quas pecunias legavi quibus dies appositus non est, annua, bima, trina die heres meus damnas esto dare*: non comprehendunt legata inutiliter data, nam testator utilibus diem adjicere voluit: non inutilia confirmare.

15 Quarto coarctatur genus aliquando ex legis dispositione. Itaque heres, qui jussus est dare, servum, quem voluerit, pessimum date non potest, lege sic disponente *l. si heres* 110. *ff. de leg.* 1. Nec optimum eligere potest legatarius, quoties ad eum pertinet electio *l. legato generaliter* 47. *ff. eod. l. si quis argentum C. de donat.* Item si legata sint decem, & si ea perdidisset, rursus ei legata, si sæpiùs perdidisset, nihilominùs semel tantummodò præstanda sunt, ne in infinitum hæres oneretur *l. fideicommissa* 11. §. *si quis decem* 18. *ff. de leg.* 3. Præterea si quis discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit: ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit *quos heredes meos invicem substituo*: conjuncti vice mutua substituti videntur quibus deficientibus cæteri admittuntur. Non tamen omnes simul vocati censentur, verba licèt substitutionis omnes comprehendant. Denique qui generaliter agere à testatore prohibitus est, contra eum negotiorum gestorum non prohibetur agere, si quid dolo, vel fraude commisit *l. non solùm* 8. §. *si heres ff. de liber. leg.* Item si testator ab aliquo rationes exigi vetet; poterit tamen ab eo peti, si quid in administratione dolo admiserit *l. si quo* 9. *ff. eod. l.* 5. §. *Julianus ff. de admin. tut.* & si qua pecunia apud eum remanserit ex administratione *l. Lucius Titius* 12. *l. cum ita* 19. *l. Aurelius* 28. §. *Mevia & l. creditor* 31. §. *Titia ff. de liber. legata.* Et si quis velit debitorem omnino liberare, debet damnare heredem, ut ipsi restituat quicquid ab eo illa, vel illa actione exegerit *d. l. si quis* 9. *ff. de liber. leg.*

16 Postremo in generali legato etiam verbis quantumvis universalibus relicto, quædam non continentur ex destinatione testatoris. Hujusmodi sunt res venales, instrumenta, tabularium, pecunia numerata, nomina debitorum, quæ etsi aliquo in loco sint, tamen ex destinatione testatoris ibi esse non censentur, nec comprehenduntur legato rerum omnium, quæ ibi sunt *l. si mihi Mevia* 91. *l. Lucius Titius* 92. §. *collegis ff. de leg.* 3. *l. pediculis* §. *idem cum quæreretur ff. de aur. & arg.*

& arg. leg. l. quæsitum §. Celsus ff. de fund. inst. l. cum quæreretur 60. *§. 1. ff. de l.* 3. Hujusmodi etiam sunt fructus, quoties quis rogatus est restituere, quicquid ad eum ex hæreditate bonisve defuncti perveniret: fructus enim, quos ex hæreditate bonisve percepit, restituere non tenetur *l. quod in verbis* 83. *in princ. ff. de leg.* 3.

CAPUT XXI.

Ad L. uxori 24. *ff. de usufr. legat.*

SUMMARIUM.

1 *Dispositio generalis an comprehendat ea, quæ impropriè in genere continentur. Exempla pro parte affirmativa & n.* 2. 3. 4. 5. 6.
7 *Verior sententia negans. Probatur exemplis, & n.* 8. 9. 10. 11. 12. 14. 15. 16.
12 *Expenditur l. 3. ff. de trit. vin. & ol. leg. & contrarii textus conciliantur & n.* 13.
16 *Species, quæ secundum vim verborum de genere legato non est, non continetur legato nisi ex manifesta voluntate testatoris.*
17 *Explicatur eleganter textus noster.*
18 *Quando species impropriè subest generi, mens disponentis investiganda.*
19 *Contrariæ opinionis argumenta expenduntur & n.* 20.

1 AN generalis dispositio comprehendat etiam ea, quæ impropriè in illo genere continentur, controverti potest. Ad affirmandum non levi momento quis impelli poterit. Id ipsum enim videtur affirmare Papipianus in *l. uxori fructu* 24. *ff. de usu & usufr. leg.* ubi ait, quod legato fructu bonorum post impletam ex SC. cautionem, fœnus quoque sortium, quas defunctus collocavit, præstandum est: imò & usuræ nominum ante interpositam cautionem debitæ, velut sortes in cautionem deducendæ sunt: & alia, quæ ibi distinctè atque explicatè tradit Papinianus. Uno verbo legatum ususfructus bonorum comprehendit etiam usumfructum pecuniæ numeratæ, & nominum debi-
2 torum. Atqui hic non est propriè ususfructus. Ususfructus enim est jus alienis rebus utendi fruendi salvâ rerum substantiâ. *princ. tit. instit. de usufr. l.* 1. *ff. de usufr.* Pecuniæ autem usus in abusu, & absumptione consistit *l. hoc Senatusconsultum* 5. *§.* 1. *& ult. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu cons.* Quamobrem Gajus in *l.* 2. *§.* 1. *ff. eod.* ait: *Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniæ ususfructus propriè esset; nec etiam naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit: sed remedio introducto cœpit quasi ususfructus habere.* Et Justinianus in *§. in fine: ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.* Itaque M. Tullius *in Topic.* harum rerum usumfructum esse negavit. *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis, & oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus legatus est.* Sed Papinianus propter Senatusconsulti auctoritatem contrarium respondit in laudata *l. uxori ff. de usufr. leg.* licet non sit propriè ususfructus, & non in usu, sed in abusu consistat.

Non abhorret à sententia Papiniani Pompo- 3
nius in *l. si mihi & Titio* 110. *§.* 1. *ff. de V. O.* ubi ait; quod si quis stipulatus fuerit vestem, quæcumque muliebris esset, ei debetur etiam vestis muliebris, quâ tamquam virili promissor utebatur. Hæc autem vestis videtur esse potiùs virilis, quàm muliebris. Virilis enim vestis est, quæ ipsius patrisfam. causâ parata est. *l. vestis* 23. *§. vestimenta ff. de aur. & arg. leg.* Referebat autem Q. Mutius quemdam senatorem, muliebribus cœnatoriis uti solitum, quæ legato vestis muliebris ab eo relicto non continerentur, ut ait idem Pomponius eodem libro quarto ad Q. Mutium in *l. inter vestem ff. de aur. & arg. leg.* quia usus testatoris effecit, ut non sit ampliùs muliebris, nisi impropriè. Et quamvis ea juxta communem usum sit muliebris, tamen usus testatoris potiùs attendi debet, quàm usus communis *l. si servus plurium* 50. *§. ult. ff. de leg.* 1. *l. nummis* 75. *ff. de leg.* 3. *l. hæredes* 21. *§.* 2. *versic. & puto, ff. qui testam. fac. poss. l. solutum § ult. cum l. seq. ff. de pig. act.* prævalet enim usus testatoris, & potior est usu regionis.

Idem docere videtur Ulpianus in *l. qui pe-* 4

num 3. §. *sed Aristo cum* §. *seq. ff. de pen. leg.* legata penu, legato continentur esculenta, & poculenta, dubitavit Aristo, an oleum, garum, muria, mel, cæteraque his similia contineantur, & licèt hæc esui potuique non sint, sed in iis esse soleamus, tamen respondit ea contineri. Idem quæsitum est de legato penus esculentæ, & quamvis labeo putaverit, ea non contineri, quia non hæc esse, sed per ea solemus: tamen ex Proculi sententia Ulpianus decidit, ea quoque legato cedere. Patet hæc inter esculenta impropriè recenseri, cum propriè non edantur, sed sint condimenta eorum, quæ edimus & quidem condimenta liquida, quæ nec edi possunt. De oleo nemo dubitare potest: nam quid sit, ignorat nemo. Garum è pisce scombro conficiebatur macerato, ac sale condito, & colato, atque expresso. Muria etiam ex visceribus aliorum piscium, & non erat adeo pretiosa. Martialis de Garo

> *Expirantis adhuc scombri de sanguine primo*
> *Accipe fastosum munera rara garum.*

Manilius.

> *Hinc sanies pretiosa fluit, florumque cruoris*
> *Evomit, & mixto gustum sale temperat oris.*

Martialis iterum de condimento gari.

> *Ebria Bajano veni modo concha Lucrino,*
> *Nobile nunc sitio luxuriosa garum.*

De alece Plinius *lib.* 31. *cap.* 8. ubi & muriam indicat. *Vitium muriæ est alex, imperfecta nec colata fæx.* Ex his verbis constat, muriam præstantiorem fuisse, & colatam. Hinc scriptores, garum & muriam, fæcem, & saniem piscium appellant. Horat. *Lib.* II. *Sat.* 4.

> *—ego fæcem primus, & alec*
> *Inveni,*

Seneca *epist.* 95. more suo improbans sæculi luxum. *Quid illud sociorum garum, pretiosam malorum piscium saniem, non credis urere salsa tabe præcordia?* Plinius. *ut sit illa putrescentium sanies.* Hæc autem condimenta aliquando diluebant aceto, vel vino, vel oleo, vel etiam aquâ. Hinc exygarum, œnogarum, garelæum, hydrogarum. Erant igitur condimenta liquida, quæ non edebantur, nec edi poterant: adeoque non erant propriè esculenta, sed esculentis aspergebantur, & pisces condiebantur.

Idem Ulpianus in *l.* 1. *ff. de trit. vin. &* 5.
oleo leg. Vino legato acetum quoque continetur, quod paterfam. vini numero habuit: & tamen acetum non est propriè vinum, etiamsi vini numero habeatur: ut probat ipse Ulpianus in *l.* 3. *in princ. ff. eod. tit. Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, cum nullum vinum reliquisset; vinum heredem empturum, & præstaturum, non acetum, quod vini numero fuit.* Item in *l. si quis vinum in princ. ff. eod. Item acetum vini appellatione non continebitur.*

Idem Ulpianus in *l. si quis vinum* 9. *in princ. ff. eod.* ait, mulsum vini appellatione propriè non contineri. Multò minus contineri ait zythum, camum, cerevisiam, hydromeli: & merito, quia in his ne gutta quidem vini infunditur, nec quicquam cum vino commune habere videntur. Subdit tamen: *hæc omnia ita demum vini nomine non continentur, si modo vini numero à testatore non sunt habita.*

Et quod magis est, idem Ulpianus *in* §. 1. ejusdem legis, ait. *Si acetum quis legaverit, non continebitur legato acetum, quod vini numero testator habuit: embamma autem continebitur, quia aceti numero fuit.* Nemo dixerit, embamma propriè acetum esse. Licèt enim ex aceto ut plurimum fieret, tamen multa commiscebantur, & in ipsum obsonia intingebantur, ut jucundius saperent, & acidulo sapore palatum vellicarent. Columella *lib.* 12. *cap.* 55. sinapi miscet. *Hoc sinapi*, inquit, *ad embammata non solum idoneo, sed etiam speciosO uteris.* Plinius, *lib.* 20. *cap.* 14. addit mentam; ait enim *menta*

ipsius odor animum excitat, ut sapor aviditatem in cibis, ideo embammatum mixturis familiare. Puto multa alia ad conficiendum hujusmodi condimentum immixta fuisse, ut indicat illud verbum *mixturis.* Sed cum alia alii commiscerent, nihil certi præscribi potest: erant enim multa embammatum genera, ut apertè Xenophon indicat in *Cyri institutione* παντοδαπὰ ἐμβάμματα καὶ βρώματα, omnis generis embammata, & dapes. Nec dubito, multa etiam sine aceto fuisse confecta: sed utique Ulpianus de illis, quæ aceto conficiebantur, est intelligendus.

6 Postremò pro hac sententia posset afferri responsum Papiniani in *l. prædiis* 91. §. *Titio ff. de leg.* 3. in qua respondit, quod in legato: *Sejana prædia, sicuti comparata sunt, do, lego*: continentur etiam Gabiniana, si uno pretio comparata fuerunt cum Sejanis, & utriusque possessionis confusi redditus, titulo Sejanorum accepto lati sunt. Hæc omnia utique non efficiunt, ut prædia Gabiniana propriè sint Sejana, & in ea verè transformentur.

7 Contraria tamen sententia verior videtur: eaque primò probatur ex *l. cum pater* 77. §. *fidei tuæ* 12. *ff. de leg.* 2. ubi proponitur hujusmodi legatum. *Fidei tuæ committo, uxor, ut restituas filiæ meæ, cum morieris, quicquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit.* Respondit Papinianus, quod hoc fideicommisso dos uxori prælegata non continetur. Fideicommissum non potest esse magis generale: verba illa, *quicquid & quoquo nomine*, videntur omnia comprehendere, etiam id, quod nomine dotis ad uxorem pervenerit. Rationem affert Papinianus, cur non comprehendatur; *quoniam reddi potius videtur, quam dari.* Similem affert Paulus *lib.* 4. *sentent. tit.* 1. *in princ. Quia non ex lucrativa causa testamento aliquid capit, sed proprium recipere videtur.* Idem ferè docet Ulpianus in *l.* 2. §. *mulier, ff. de dot. præleg. dotem enim recepisse eam magis, quam accepisse.* Itaque dos prælegata non continetur generali fideicommisso, quia ad uxorem propriè non pervenit ex bonis testatoris, cum uxor proprium recipiat, non accipiat à testatore, à quo potiùs ei dos redditur, quàm datur. Et quamvis ei legata fuerit, tamen in dispositione de legatis à testatore facta, non comprehenditur, ut rectè respondit Scævola in *l. Lucius Titius* 88. §. *impuberem* 7. *ff. de leg.* 2. Sicut nec continetur in dispositione legis, ac propterea non est subjecta legi Falcidiæ ex eadem ratione *l. si ususfructus* 81. §. 1. *ff. ad l. Falcid.* Dos relegata extra rationem legis Falcidiæ est: scilicet quia suam rem mulier recipere videtur.

Non absimile fideicommissum proponitur 8
in *l. qui uxori* 18. §. 1. *ff. de aur. & arg. leg.* atque idem omnino respondetur. *Idem testator fideicommisit uxori; ut quicquid ad eam ex testamento ejus pervenisset, alumno communi restitueret. Quæsitum est, an etiam eas res, quas proprias uxoris suæ fuisse testator sciebat eique reddi præcepit, alumno præstare debeat: respondit: si propriæ fuissent, non debere.* Scævolæ responsum generale est: adeoque idem omnino dicendum, etiamsi testator ignorasset, eas uxoris proprias fuisse.

Secundo probatur ex *l. qui liberis* 8. §. *ult. ff. de vulg. & pupill. Hæc verba: quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto: hunc habent sensum, ut non omnis, qui patri heres extitit, sed is qui ex testamento heres extitit substitutus videatur: & ideo neque pater, qui per filium, neque dominus, qui per servum extitit ad substitutionem admittetur, neque heredis heres, quia non ex judicio veniunt.* Illi enim ex judicio testatoris non sunt heredes neque enim ab eo sunt vocati, & instituti: ac propterea juxta judicium testatoris, quod normam substitutioni dare debet, non solum non sunt propriè heredes, sed ne heredes quidem sunt: sed fiunt heredes ex legis dispositione per acquisitionem hereditatis, quam lex in eos transmittit. Quamobrem verba illa generalia: *quisquis mihi heres erit*: eos non comprehendunt.

Tertiò probatur ex *l. Sejo* 10. §. 1. *ff. de annuis leg. Medico Sempronio, quæ vivo præstabam, dari volo: ea videntur relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt.* Si 10
non continentur ea, quæ extra ordinem

præstabat, ut strenas, soteria, natalitia, & alia munuscula, quæ remunerationis aut grati animi ergò largiebantur, quantò minùs continebuntur ea, quæ in genere legato propriè non continentur. Imò nec ea quidem continentur, quæ utilitatis suæ causâ erogabat, ut sumptus jumentorum, quem actori præstare solebat, & medicamentorum, quem liberto medico suppeditabat *d. l. Sejo §. libertis*. Quæ speciali sunt animadversione digna propter usum forensem. In hoc enim facilè potest errari.

11 Quartò facit ad rem text. *in l. fundi 25. §. 1. ff. de instr. l. instrum. leg.* Quidam legavit fundum instructum: in fundo figlinas habebat, & figulorum opera majore parte anni ad opus rusticum utebatur: nihilominùs figuli legato instrumenti non continentur: servi, qui agrum colunt, utique instrumento fundi continentur *l. in instrumento 8. ff. eodem* & quidem etiamsi non per totum annum rusticum opus in fundo exerceant *l. quæsitum 12. §. si aliqua 8. ff. eod.* Hi autem fundi instrumento non cedunt, etiamsi majore parte anni rusticum opus exercerent, quia cùm propriè figuli essent; ut potè figlino operi addicti, propriè non erant rustici: nec ad opus rusticum comparati, fundi instrumento non cedunt. Simile exemplum proponit Scævola in *l. prædia. 27. in princ. ff. eod.* Quidam legavit prædia maritima cum omni instrumento: servi piscatores, qui solebant in ministerio testatoris esse, & ubicumque eum sequi, & urbicis rationibus expungebantur, legato non continentur. Nimirum ex his efficitur, ut impropriè fundi instrumento annumerentur.

12 Quintò probatur ex *l. 3. in princ. ff. de trit. vin. & oleo leg.* ubi vino legato non debet acetum præstari, quod vini numero fuit: Acetum sanè vinum est, quia eadem propè substantia est *l. in venditionibus 9. §. ult. ff. de contrah. empt.* & ideo si acetum pro vino venditum fuerit, valet venditio *l. in venditionibus 9. ibid.* & si vinum legatum acuerit, non extinguitur legatum *l. si quis vinum 9. in fine principii ff. de vin. trit. & ol. leg.* Est tamen vinum impropriè, quia etsi ex vinea natum sit, tamen cùm acuit, vinum non permansit d. *l. si quis vinum in princ.* & licet eadem ferè substantia sit *d. l. in venditione*: tamen non est omninò eadem. Eleganter Martial. *lib. 12. epigr. 122.*

Amphora Niliaci non sit tibi vilis aceti
Esset cùm vinum, vilior illa fuit.

Erat enim in pretio acetum Ægyptiacum. Juven. *sat. 13.*

— Flebile nati
Sinciput elixi Pharioque madentis aceto.

Non eodem in pretio videtur fuisse acetum Romanum. Certè Ulpianus in *l. 1. in princ. ff. de peric. & comm. rei vend.* ait. *Si vinum venditum acuerit, emptoris erit damnum.* Minoris igitur æstimat acetum, quàm vinum. Igitur acetum impropriè vinum est, & pro vino non habetur, nisi ex voluntate testatoris: & ideò vino legato acetum non continetur.

Sed possent opponi duæ leges, quæ videntur omninò contrariæ huic nostræ legi, 13
in qua excluditur à legato acetum, etiamsi vini numero fuerit. Contra enim in *l. 1. ff. de trit. vin. & ol. leg.* ait Ulpianus. *Vino legato acetum quoque continetur, quod paterfam. vini numero habuit.* Et in *l. si quis vinum 9. in princ. ff. eod. Hæc omnia ita demum vini numero non continentur, si modo vini numero à testatore non sunt habita: alioquin Sabinus scribit; omnia vini appellatione contineri, quæ vini numero paterfam. habuit.* Accedit & tertia, nempè *l. 2. in fin. ff. de opt. vel elect. leg. Eum, cui centum amphorarum electio data sit, acetum eligentem non consumere electionem, si id acetum elegerit, quod vini numero paterfam. non habuit.*

Sed contrariæ esse non possunt hæ leges, cùm sint omnes ejusdem Ulpiani depromptæ ex ejus libris ad Sabinum. Itaque animadvertere oportet, quòd in his legibus supponitur acetum vini numero habitum à patrefam. hoc est, à testatore. Ex quo efficitur,

quòd cùm ille ipse, qui legat vinum, in numero vini habeat etiam acetum, videatur appellatione vini etiam acetum comprehendere: atque ea propter hoc quoque legato contineatur. At verò in nostra lege acetum, quod præstare volebat heres, non à testatore vini numero habitum fuit, sed vel ab herede, vel à venditore, à quo heres illud emerat. Hoc autem non influit in voluntatem testatoris, nec alterius opinio, testatoris opinionem potest declarare. Quapropter observandum est, quòd in nostra lege non ait Ulpianus acetum vini numero fuisse apud testatorem, vel patremfam. quemadmodùm ait in aliis tribus legibus, quas laudavimus; sed absolutè ait: *non acetum quod vini numero fuit*. Hoc autem referri non potest ad testatorem, qui nullum vinum reliquit: sed cùm heres vinum emere, & præstare teneatur, ad eum ipsum, cujus erat acetum, ea verba sunt referenda.

14 A diverticulo reperatur superius argumentum. Id maximè confirmat Ulpianus in *l. 2. §. ult. junctâ l. 3. ff. de opt. vel. elect. leg.* ubi ait, quòd ille, cui data est electio centum amphoratum vini; si acetum elegerit, quòd vini numero paterfam. non habuit; optionem non consumit:subdit deinceps in *l. 3. Scilicet si ante exhibitionem, hoc est ante degustationem acetum elegerit.* Ergo si post degustationem elegerit, consumitur electio, etiamsi paterfam. ipsum vini numero non habuerit: ac proindè electio legitimè facta est. Non consumeretur enim, si legitimè facta non esset quòd eveniret si acetum generali appellatione vini non comprehenderetur. Etenim si legatarius optaverit aliquid, quòd non sit de genere legato; non rectè optavit, & non consumitur electio *l. 2. §. 2. l. cùm ita 9. §. 1. ff. eod.* Ergo acetum est de genere legato, cùm vinum legatum fuit, etiamsi à testatore vini numero non haberetur. Verumtamen quia impropriè admodùm in genere vini continetur, legato vino acetum non debetur *l. 9. in princ. versic. item acetum ff. de vin. trit. & ol. leg.*

15 Postremò probari potest auctoritate *l. inter vestem 33. ff. de aur. & arg. leg.* ubi si testator, qui veste muliebri, quasi virili utebatur, legaverit vestem muliebrem, vestis illa, quâ utebatur quasi virili, non continetur legato: quia non videtur legato comprehendere voluisse vestem illam, quæ licèt verè muliebris esset inspecto communi usu; tamen inspecto usu testatoris cœpit impropriè, & non omninò muliebris esse.

His adjungo, quòd cùm non aliter à significatione verborum recedi oporteat, quàm cùm manifestum est, aliud sensisse testatorem *l. non aliter. 69. ff. de leg. 3.* si secundum propriam verborum significationem species aliqua genere legato non comprehenditur, ea non debebitur nisi manifestum sit, aliud sensisse testatorem. 16

Ab hac sententia tot argumentis innixâ recedendum esse non arbitror, nec enim eam evertere, aut labefactare possunt argumenta contraria. Quibus ut respondeatur, primum statuendum est, quòd quotiescumque lex aliquid probat, & introducit, illudque alteri æquiparat, unum pro altero accipi potest, efficiente id legis auctoritate: perindè ac si ea inter se non differrent, ac discreparent. Exemplum peti potest à legatis, & fideicommissis. Fideicommissa olim non involvebant necessitatem præstationis, sed à fide heredum pendebant. Augustus ad necessitatem deduxit *§. ult. instit. tit. de fideicom. hered.* Postea legatis exæquata sunt in omnibus *l. 1. ff. de leg. 1. l. 2. C. commun. de legat.* Quo factum est, ut licèt fideicommissum propriè non sit legatum, & adhuc supersit aliquid, in quo à legato differt *§. libertus instit. tit. de sing. reb. per fideicom. relict.* tamen legati nomine fideicommissum etiam comprehendatur, & quicquid de legato fuerit constitutum, id ipsum & de fideicommisso dispositum videatur. *l. 2. vers. etsi specialiter C. comm. de legat.* Ibi: *& si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc & legatum & fideicommissum intelligatur: & si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc & legatum esse videatur.* Quibus efficitur, hoc idem & in usufructu obtinere debere. Olim quidem in pecunia non poterat constitui ususfructus, 17

itaque legato usufructu, bonorum non continebatur in legato ususfructus rerum, quæ usu consumuntur. Usus enim, non abusus legatus est, ut rectè ait Cicero suprà laudatus. Verumtamen Senatus introducto cautionis remedio censuit omnium rerum usumfructum legari posse *l. 1. ff. de usufruct. ear. rer.* Quamobrem si quis leget usumfructum bonorum, vel quod idem est omnium bonorum, etiam ususfructus pecuniæ, & aliarum rerum videtur legatus. In hoc enim ususfructus pecuniæ, & aliarum rerum, quæ usu consumuntur, & verus ususfructus Senatûs auctoritate sunt æquiparati. Et meritò. Nam interposita cautio id efficit, ut consumptæ non videantur res illæ, in quibus ususfructus est constitutus, licèt verè consumptæ sint à fructuario. Licèt enim fructuarius non eas res, quas accepit restituat; tamen cùm restituit alias ejusdem generis, ac bonitatis, eas ipsas, quas accepit, restituere videtur. Imò magis eas ipsas restituere videtur alias restituendo, quàm si easdem restitueret, quoniam hæ res magis in genere suo functionem recipiunt quàm specie *l. 2. §. mutui datio ff. de reb. credit.*

Et quamvis hîc dicatur quasi ususfructus, & non sit propriè ususfructus *l. 3. §. 1. ff. de usufruct. ear. rer. §. 2. in fin. inst. tit. de usufr.* tamen id verissimum est quoad rationem naturalem, quam Senatus mutare non potuit *d. l. 3.* neque enim efficere potuit, ut salva sit substantia rei, quæ consumpta est: non verò quoad rationem fictionemque juris, quod statuere potest, ut perinde sit ac si salva esset res, quæ periit, in ejus locum alia re subrogata, quæ ejus vice fungatur. Idem prorsus evenit in fictione legis Corneliæ. Natura fieri non potest, ut qui mortuus est multo post captivitatem, primo captivitatis momento decesserit: natura enim ac veritas omnino repugnant. Juris tamen fictione fit, ut perinde habeatur, ac si primo captivitatis momento decessisset, & iidem consequantur effectus *§. ult. instit. tit. quib. non est permiss. fac. testam. l. justo 44. in fin. ff. de usucap. l. lege Cornelia 12. ff. qui testam. fac. poss. l. lex Cornelia ff. de vulg. & pupill.* In quibus ad rem nostram illud est animadvertendum, quod Julianus in *d. l. lege Cornelia 12. ff. qui testam. fac. poss.* ait: *quare servus scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber, & hæres erit sive velit, sive nolit, licet minus propriè necessarius hæres dicatur: nam & filius ejus, qui in hostium potestate decessit, invitus hæreditati obligatur, quamvis suus hæres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit.* Imperatores tamen in *l. apud hostes C. de suis & legit. hæred.* & in *l. captum C. de postlim. revers.* absolutè eum dicunt esse suum hæredem. Nec, puto, quisquam dubitabit, sui hæredis appellatione, & hæredis necessarii nomine hos quoque comprehendi. Item Ulpianus in *l. 3. §. ult. ff. de V. signif.* ait: *ejus, qui apud hostes decessit, dici hæreditas non potest, qui servus decessit.* Et tamen non potest dubitari quin hæreditatis nomine hæc quoque hæreditas contineatur, sicut nominatur in *l. lex Cornelia 28. ff. de vulg. & pupill.* quia lex Cornelia confirmat testamentum ejus, qui apud hostes decessit perinde ac si in civitate decessisset *l. lege Cornelia 12. ff. qui testam. l. 1. §. 1. ff. ad leg. Falcid. §. ult. instit. tit. quib. non est permiss. fac. test.* Quamobrem etsi verè servus decesserit, tamen fictione legis inspecta liber & Civis Romanus decessit. Hæc omnia in usufructu multò magis admittenda sunt. Etenim fictio legis Corneliæ nullo alio nititur fundamento, quàm publicæ utilitatis: Senatusconsultum vero, quod introduxit usumfructum earum rerum, quæ usu consumuntur, in earum rerum natura fundatum est. Ea enim est harum rerum natura, ut in genere suo functionem recipiant *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* & cùm aliud redditur, idem omnino reddi videatur: atque adeo res conservari videatur, etiamsi consumatur, quia conservatur in genere suo, quod perire non potest. Imò propter omnimodam similitudinem harum rerum, magis idem redditur, & conservatur à fructuario res, in qua habet usumfructum, quàm si haberet usumfructum fundi, vel domus.

Natura enim fieri non potest, ut si illis diu fruatur, longo tempore non immutentur, adeò ut fundus, quem restituit, non sit in multis valdè diversus ab eo, quod accepit, etiamsi illum diligentissimè servaverit, cùm arbores, plantæ, sata in dies mutentur, & consenescant, & quæ in earum locum subrogantur, non possint esse omnino similes illis: saltem non sint adeò similes, sicut est frumentum frumento, oleum oleo & cætera ejusmodi. Solum ipsum aliquando nimia ubertate defatigatum ac terra effœta fertilitate à fructuario restituatur necesse est.

18 Secundo statuendum est, quod quoties aliqua species minus propriè pertinet ad illud genus, de quo dispositum est, tunc investigandum est, quid senserit disponens, quoniam ambigua est dispositio, ac propterea ad voluntatem disponentis est recurrendum, ut aliàs diximus. *l. ubi est verborum ff. de reb. dub. l. in ambiguis 96. ff. de reg. jur. l. 3. in princ ff. de reb. dub.* Et quia mens & voluntas testatoris maximè dignoscitur ex usu ejus & consuetudine, idcirco si speciem, de qua dubitatur, in numero ejus generis habuit, de quo disposuit, etiamsi minùs propriè ad illud pertineat, tamen interpretandum est, etiam de illa voluisse disponere. Quamobrem si legavit vinum, & in numero vini habuit non solùm vinum, quod ex vinea natum est, sed etiam vina factitia, ut hydromeli, cerevisiam, defrutum, mulsum & alias hujus generis potiones, eas quoque legasse videtur *l. si quis vinum 9. ff. de tritic. vin. & oleo leg.* Item acetum, licèt vinum non permanserit, quia plerique servis & illis, per quos opera rustica perficiebantur, acetum aqua dilutum potandum dabant, quod poscam vocabant. Plaut. in *Rud.* IV. *sc.* 2.

Sed hic rex cum aceto pransurus est & sale sine bono pulmento.

Et in *milit. glor.* III. *sc.* 2.

Alii ebrii sunt, alii poscam potitant.

Itaque domini illi acetum vini numero habebant. Vide *l. quæsitum 12. §. acetum 18. ff. de instr.*

Illud tamen verum non est, acetum vini appellatione contineri, etiamsi vini numero non haberetur ex *l. 2. §. 13. ff. de opt. leg.* Nam optio consumitur electo aceto post degustationem, quia concurrit utriusque voluntas & hæredis, & legatarii, ac propterea rectè solvitur acetum quasi vinum, si legatarius id quasi vinum eligit. Idcircò si ante exhibitionem, & degustationem illud eligat, non consumitur optio *d. l. 2.* quia tunc ignorat acetum esse, quod propriè vinum non est, & legato non continetur.

Majorem involvit difficultatem id, quod 19
in eadem *l. 9. §. si acetum ff. de trit. vin. & oleo leg.* traditum est de embammate; nam embamma non est ejusdem substantiæ, cujus acetum, & ideo error in hoc vitiat emptionem *l. in venditionibus 9. in fin. ff. de contrah. empt.* Verùm puto in hâc lege agi de embammate factitio, quod non ex aceto confectum est, sed arte per commixtionem herbarum, vel fermentatione, vel commixtione alicujus materiæ acidæ acorem contraxit: ut indicant illa verba: *cæterùm si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit.* Ait in *l. si quis vinum 9. ff. de trit. vin. & ol. leg.* agitur de embammate, quod aceto constat, ad intinctus parato, ut nos conficimus acetum rosaceum, & violaceum infusâ rosâ, aut violâ, aut aliis floribus, herbisque benè olentibus, ut jucundius exacuat palatum: ut indicare videntur illa verba: *quia aceti numero fuit.* Nam & apud nos hujusmodi embammata aceti numero sunt. In *l. 3. §. sed Aristo cum seq. ff. de penu legat.* non quæritur, an genus contineat species, quæ minùs propriè ad ipsum pertinent, sed an penus comprehendat solùm ea, quæ sunt esui, ac potui, an verò etiam condimenta; & respondetur ea quoque comprehendi.

In *l. prediis 91. §. Titio ff. de leg. 3.* non agitur de vocabulo rerum, quæ sunt immutabilia, sed de nomine fundi, quod pro arbitrio domini imponitur *l. si quis 4. ff. de leg. 1.*

20 Superest, ut duas leges conciliemus nempè *l. si mihi & Titio* 110. §. 1. *ff. de V. O.* cùm *l. inter vestem* 33. *ff. de aur. & arg. leg.* Non eadem est ratio legati, & stipulationis. In legato solam voluntatem legantis spectare debemus, quia solius testatoris voluntate consistit. In stipulatione utriusque voluntas spectanda est, quia utriusque consensu perficitur *l. inter* 83. §. 1. *ff. de V. O.* Itaque non sufficit promissorem uti solitum veste muliebri, nisi consentiat etiam stipulator, qui non potest existimari vestem illam noluisse stipulatione comprehendere, maximè cùm verbis universalibus conceperit stipulatiorem: *Vestem tuam quæcumque muliebris esset*: ac propterea non possit ei imputari, quod obscurè dixerit. Igitur potiùs ad mentem stipulatoris, quàm promissoris ea verba sunt referenda d. *l. in fine*, cùm scire non teneatur perversum promissoris usum.

CAPUT XXII.

Ad L. cohæredi 41. *§. qui patrem ff. de vulg. & pup. subst.*

SUMMARIUM.

1 *Genus non comprehendit speciem nominatim expressam.*
2 *Id obtinet in personis, & n. 3.*
4 *In dilatione solvendi.*
5 *In rebus, & n. 6.*
7 *Expenduntur. l. si domino* 99. *ff. de leg.* 1. *& l. si Eros.* 11. *ff. de ope. leg & n.* 8
8 *Legatum optionis distinguendum à legato generis.*
9 *Expenditur l. si alii* 19. *ff. de usu, & usufr. leg. & n.* 10.
11 *Expenditur l. uxorem* 41. *§. codicillis. ff. de leg.* 3.
12 *Item l. Titia.* 19. *§. qui Marco. ff. de ann. leg.*
13 *Item l. ult. §. ult. ff. de aur. & arg. leg.*

1 SUccedit altera cùm superiore conjuncta disceptatio: an genus comprehendat etiam speciem, de qua nominatim dispositum fuit. Qua de re statuendum arbitror, hanc in genere minimè contineri, repugnante disponentis voluntate, qui non præsumitur, eam comprehendere voluisse, cùm eam de genere videatur eximere, quoties nominatim, ac specialiter de ipsa disponat. Idque verissimum esse arbitror sive de personis, sive de rebus agatur.

Quod ad personas, id perspicuè à Papi- 2
niano decernitur in *l. cohæredi* 41. §. *qui patrem* 5. *ff. de vulg. & pupill.* Verba ejus apponam. *Qui Patrem, & Filium pro parte hæredes instituerat, & invicem substituerat, reliquis cohæredibus datis, post completum assem ita scripsit: hos omnes invicem substituo: voluntatis fit quæstio, an commemoratione omnium, patrem, & filium substitutioni cohæredum miscuisset; an eam scripturam ad cæteros omnes transtulisset: quod magis verisimile videtur propter specialem inter patrem & filium substitutionem.* Voluntatis esse quæstionem ait Papinianus, propterea quod adjectum fuit verbum universale *omnes*, quod ex propria significatione comprehendit etiam patrem, & filium. Cæterùm si verbum illud non adjecisset testator, nulla esset hâc de re controversia. Adjecto autem illo verbo id efficitur solùm verisimile, non autem usquequaque certum: adeòque si conjecturæ contrarium suadeant, à regula recedendum erit. Atque hoc Paulus docet in simili dispositione circa ætatem. Cùm enim testator filio suo, si intra decimum ætatis annum decessisset, Titium substituisset, Mævium verò, si intra decimum quartum: & filius octo annorum decessisset; quæsitum fuit, an solus Titius hæres esset, an etiam Mævius. Equidem filius decessit tam intra decimum, quàm intra decimum quartum: nihilominùs Titius solus succedit; nisi contraria voluntas testatoris apertè ostendatur, ut ibi ait Paulus in *l. ex facto* 43. §. *item quæro* 5. *ff. de vulg. & pup. subst.* Nititur igitur hæc regula solâ juris præsumptione, quæ non respuit contrarias conjecturas: dummodo illis apertè ostendatur contraria testatoris voluntas.

Accedunt duæ aliæ leges, quæ id ipsum 3
confirmant *l. alimenta* 16. §. *Basilicæ & l. verba* 5. *ff. de alim. leg.* In prima legata erat Basilicæ libertæ pecunia, unde se aleret: alio

alio capite generaliter libertis libertabusque cibaria, & vestiaria, & habitatio relicta erant. Hoc secundum legatum non comprehendit Basilicam: nisi hoc quoque ei datum probaretur. In altera lege omnibus libertis cibaria legata erant. Alio loco testator Prothymo, Polychronico, & Hypatio cibaria reliquit, eosque commendavit hæredibus, cum quibus morari voluit. Quæro, an omnibus cibaria debeant dari, an his, quos commendavit, & cum hæredibus esse jussit. Modestinus respondit, omnibus libertis cibaria relicta proponi. Tribus hisce libertis cibaria debentur non ex legato generali, sed ex speciali. Neque hîc admitterentur contrariæ conjecturæ, ne legatum sine causa duplicetur. Sed videnda est, si lubet, hujus legis explicatio in dissertatione de specie adjecta generi.

4 Idem, quod de personis est constitutum, etiam de dilatione solvendi traditur in *l.* 4. *ff. de dot. praleg.* Cùm vulgari modo dies legatorum profertur; nihil eam rem ad dotis relegationem pertinere ait, quia suum diem habet. Pluribus exemplis ad explicatum in *l. talis scriptura* 30. *per tot. ff. de leg.* 1. ex cujus initio constat, quid sit vulgari modo diem legatorum profetre. De cautione idem traditum in *l. doli* 119. *ff. de V. O.*

5 Jam verò de rebus legatis videamus. In *l. cùm alii* 2. *ff. de trit. vin. & ol. legat. Cùm alii penum, alii vinum legatum esset; excepto vino omne penum ad alium legatarium pertinebit.*

In *l. Stichus* 20. *in princ. ff. de alim vel cibar. leg. Stichus nutricis meæ nepos liber esto, cui decem aureos annuos dari volo. Qui deinde, interpositis nominibus, eidem Sticho contubernales ejus, & liberos legavit; hisque quæ vivus præstabat. Deinde alio capite libertis omnibus, quæ vivus præstabat, dari jussit: quæro, an Stichus præter suum legatum & alimenta percipere possit. Respondit, secundùm ea, quæ proponerentur; non posse.* Rectè. Nam legatum annuum liberto relictum, pro alimentis relictum censetur *l. à filio* 15. *in princ. ff. de alim. vel cibar. leg.* & simile exemplum proponitur in *l. libertis in princ. ff. eod. & in* §. *posthumis ead. l. & laudata l. Stichus* 20. §. *Titia ff. eodem.* Ac propterea cùm in specie, & nominarim ei relicta fuerint alimenta, non comprehenditur in generali legato alimentorum libertis omnibus relicto. Ex quo efficitur, quod etiamsi illud, quod generali legato relinquitur, in legato speciali non expressè, sed tacitè ex juris interpretatione contineatur, tamen species à genere exempta censetur.

In *l.* 1. *ff. de aur. & arg. leg.* Alii vestimenta: alii vestis muliebris legata est. Illi debentur reliqua vestimenta detractis muliebribus: huic vestimenta muliebria. Item alteri mundus muliebris, alteri argentum omne legatum est. Huic debetur omne argentum, detracto tamen argento, quod in mundo esset, quod alteri legatum est. Item uni urbani servi legati sunt, alteri dispensator: illi debentur omnes servi, *excepto dispensatore.* Singulari animadversione dignum est secundum exemplum, tum quia etiam legatum mundi muliebris generale est, non minùs, quàm legatum argenti: tum quia in mundo muliebri continetur quidem argentum muliebre, non tamen hoc nominatim & expresse legatum est, sicut nominatim continetur in generali legato omnis argenti. Quamobrem nulla ratio apparet, cur potiùs argentum muliebre cedere debeat legato mundi muliebris, quàm legato omnis argenti: præsertim propter verbum illud universale *omne*, sed hoc ita decisum fuisse à Pomponio arbitror, quia licèt mundus muliebris plures diversas res contineat *l. argumento* §. *ornamenta, vers. mundus l. si uxori in princ. ff. de auro & arg. leg.* tamen adjectio illa *muliebris* efficit, ut speciei rationem habeat *l. Plautius* 8. *ff. eod.* maximè si argentum, quod est in mundo, consideretur, quod singularis res est, restrictum ad vasa unguentaria, quæ argentea esse possunt, & si qua sunt similia: reliquum enim argentum ad ornamenta pertinet, non ad mundum *d. l. argumento* §. *ornamenta.* Plurimùm enim interest decernere, quodnam sit genus, quæ species: quandoque enim id non modicam habet dubita-

tionem, cùm duo genera esse videantur, ut in *l. servis urbanis* 99. §. *ult. ff. de leg.* 3. ubi cuidam legati erant vernæ, alii cursores: quidam autem servi erant simul & cursores, & vernæ. Dubitatum fuit, cui cederent: utrumque enim genus esse videtur tam vernarum, quàm cursorum. Paulus tamen respondit, cursoribus cedere: semper enim species generi derogat. Nimirùm licèt plures, ac plures possint esse cursores, tamen cursorum officium nullas species continet: nomen autem vernæ plures species subjectas habet: putà quidam sunt atrienses, quidam fabri, quidam textores, ac similes: tot enim possunt esse species vernarum, quot sunt ministeria, & officia servorum. Subdit deinde Paulus. ***Si in specie aut in genere utrique sint, plerumque communicabuntur.*** Multùm igitur refert distinguere speciem à genere. Illud animadvertendum est, hîc genus & speciem more dialecticorum accipi, ut suprà etiam indicavimus.

7 In contrariam partem multa afferri possunt: ac primò contrarium respondisse videtur Julianus in *l. si domino* 99. *ff. de leg.* 1. ***Si domino Stichus legatus esset, & servo ejus optio data; partem dimidiam Stichi dico ad dominum pertinere, quod possit servus manumissus eumdem Stichum optare.*** Idem Julianus in *l. si Eros* 11. *ff. de opt. leg.* ***Si Eros Sejo legatus sit, & Eroti fundus, deindè optio servi Mævio data fuerit, isque Erotem optaverit, fundus ad solum Sejum pertinebit, quoniam adita hereditatis tempore is solus erat, ad quem posset legatum pertinere.*** Pro certo habet Julianus eum cui legata èst optio, posse optare servum alteri legatum. Non possunt hæc esse contraria sententiæ, quam suprà probavimus, quam probat idem Julianus harum legum auctor in *l. uxorem* 41. §. *felicissimo* 3. *ff. de leg.* 3. ubi ait, non esse verisimile, testatorem, qui specialiter libertis fundum legavit, ad filium, cui & hæreditatis partem reliquit, legatum generali sermone transferre voluisse. Quamobrèm investigare oportet discrimen inter legatum generis, & legatum optionis.

8 Glossa ait, quòd testator duos tantùm servos habebat, Erotem, & alium: adeòque inutile esset legatum optionis, si non posset Erotem optare. Verissimum id quidem, si aliquo argumento conjectare possemus, testatorem duos tantummodo servos habuisse. Sed præterquam quod nulla, ne levis quidem, conjectura potest afferri, contrarium potiùs conjicere possumus, quia constanter duobus locis, ac diversis factis propositis, Julianus respondit sine ullâ distinctione.

Verius igitur existimo, legatum optionis legato generali comparandum non esse. Qui legat genus, legat omnes servos, quos genus complectitur *l. si chorus* 79. *ff. de leg.* 3. Qui legat optionem, unum tantummodò servum legat incertum quidem ante optionem, sed qui certus ex optione fiet. Itaque si uni servus, alteri optio servi legetur, utrumque legatum speciale est, alterum continet speciem certam, alterum incertam. Quamobrem obtinere debet regula à Paulo tradita in *l. servis urbanis* 99. §. *ult. ff. de leg.* 3. ***Si in specie aut in genere utrique sint, plerumque communicabuntur.*** At enim, inquies, legatum optionis orationis compendio omnes servos comprehendit *l. Mævius.* §. 1. *ff. de leg.* 2. Verissimum id est quoad facultatem eligendi, non quoad obligationem; neque enim omnes servi debentur legatario, sed is tantùm, qui à legatario optabitur, vel illi tres tantùm, quos eligere potest ex legato optionis *l.* 1. *ff. de opt. leg.* Et cùm optionis legatum esset olim conditionale §. *optionis* 23. *instit. tit. de leg.* non antè nascebatur obligatio, nec dominium transferebatur in legatarium, quàm si optasset.

Sed hoc maximè probat in legato optionis contineri etiam servum alteri legatum: nam cùm generaliter unus servus per optionem legetur *l. his consequenter* 18. *in princ. ff. fam. ercisc.* utique testator de omnibus ac singulis videtur cogitasse *l. cùm ita legatur* 9. *ff. de opt. leg.* quæ est ejusdem Juliani: ***eum, qui sub conditione libertatem Sticho det, & optionem servorum, non cogitare de Sticho, sicuti constat non cogitare eum de eo, cui præsentem libertatem dederit: secundum quod si Stichum optavero, nihil agam, & ex cæteris***

nihilominùs optabo. Non cogitat testator de servo manumisso : si enim eum vult esse liberum, utique non vult eum præstari legatario. De reliquis cogitat testator : cogitat etiam de servo alteri legato : nam & hic in familia, ex qua fieri debet optio, continetur *l. si optio* 13. *ff. de opt. leg.* & ab hærede præstari potest. Is cui generaliter omnes servi legati sunt, facilè vindicabit etiam servum alteri legatum, cùm dimidiam ejus partem sit consecuturus, & ideò testator ipsum alteri legando exemit è genere legato. Is, cui optio legata est, non facilè optabit servum alteri legatum, quia eum optando dimidiam tantùm partem ejus est consecuturus; alium autem optando totum servum est habiturus : & ideo hunc servum non exemit è familia testator. Ille contentus esse debet omnibus aliis servis, quos consequitur ex liberalitate testatoris, non adimere partem servi alteri legatario, qui unum tantùm servum accepit à testatore ; & hoc testatorem voluisse non est verisimile. Hunc qui unum tantùm servum, aut ad summum tres est consecuturus, laxiorem in optando facultatem habere consentaneum est voluntati testatoris. Sic igitur concludendum est ex sententia Juliani : ex legato optionis eximitur à testatore servus, qui ab eo vel præsentem vel sub conditione libertatem accepit, quia de hoc non videtur cogitasse testator ; cùm enim voluerit eum esse liberum, noluit eum legatario optionis præstari. Quocirca, si conditio libertati adjecta defecerit ante aditam hæreditatem, poterit ille servus optari, laudata *l. cùm ita* §. *ult. ff. de opt. leg.* Longe aliter se res habet in legato familiæ vel omnium servorum. Nam qui uni certum servum legat, & alteri omnes servos, numquam videtur cogitasse de illo servo, quem illi specialiter legavit.

9 Contrarium quoque esse videtur Modestini responsum in *l. si alii* 19. *in princ. ff. de usu & usufr. leg.* cujus auctoritas à quibusdam doctissimis viris est repudiata. Testator alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi legavit ; respondit Modestinus, usumfructum inter eos communicari.

Sed nullo modo contrarium est regulæ, quam initio statuimus. Neque enim hic agitur de legato generis & speciei. Non est alii legatum genus, alii species : sed uni legatum est totum, alteri pars. Fundus non est genus, sed res singularis, nec usufructus est species fundi. Fundus est totum quiddam conflatum ex proprietate, & usufructu : ususfructus, & proprietas sunt partes fundi, quæ juris intellectu fundum componunt *l. qui usumfructum* 58. *ff. de V. O.* Quamobrem ille, qui legat usumfructum, legat partem fundi, & quidem eam partem, quâ detractâ fundus dari non intelligitur. Quo fit, ut qui fundum legat, necessario complectatur & proprietatem, & usumfructum ; quia detracto usufructu fundus dari non intelligitur *d. l. qui usumfructum ff. de V. O.* Detractâ specie remanet genus, detracto usufructu non remanet fundus, sed sola proprietas. Atqui non sola proprietas legata fuit, sed proprietas conjuncta cum usufructu.

Atque ut clariùs eluceat, Modestini responsum ad rem nostram non pertinere, observandum est, nos, cùm dicimus speciem uni legatam non comprehendi in genere alteri legato, niti conjectura voluntatis testatoris, qui speciem legando videtur eam à genere eximere. Contrà Modestinus nititur verbis testatoris, eorumque significatione etiam contra ejus voluntatem. Ibi : *Si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo* &c. Et hoc est, quòd in multorum reprehensionem incurrit, quod verborum vim voluntati prætulerit : quam, si quando nobis obvenerit occasio, diluemus. Quod ad rem nostram attinet, Modestinus in ea lege non disputat, an species generi deroget : Sed an erraverit testator, qui legavit fundum, cùm vellet legare nudam proprietatem, & an à verbis sit recedendum, ut errori testatoris obsequamur : seu, ut dicam planiùs, an cùm perspicua sint verba testatoris, admittenda sit voluntatis quæstio, quod etiam Paulus negavit in *l. ille aut ille* 26. *ff. de leg.* 3. Nam quòd legato uni fun-

do, alteri usufructu, inter eos communicetur usufructus, controversum non erat *l. si tibi decem 6. ff. de usufr. ear. rer. l. Sempronius Attalus 26. §. ult. ff. de usufr. leg.* sicuti si uni legetur domus, alteri habitatio *l. Sempronio 33. in princ. ff. de usu & usufr. leg.* Id erat in controversia, an usufructus esset communicandus, etiamsi testator legaverit fundum eo proposito, ut nudam proprietatem legaret; & Modestinus respondit, nihilominus totum fundum legatum esse, & communicandum usumfructum, quemadmodum in re non absimili statuerunt Servius, & Celsus contra opinionem Tuberonis in *l. Labeo 7. §. ult. ff. de supell. leg.*

10 Sed obstat text. in *l. cum quæstio 23. C. de leg.* Qui legat uni totum, alteri tertiam partem, primo duæ tertiæ, alteri tertia debetur, & ita de aliis partibus. Sed hæ sunt partes quantitativæ, ut aiunt, quæ non possunt communicari cum eo, cui totum legatum est ex voluntate testatoris, quia secundus non haberet tertiam partem, si eam cum primo communicaret, quod voluit testator d. *l. cum quæstio.*

11 Sequitur aliud argumentum, quod duci potest ex *l. uxorem 41. §. codicillis ff. de leg. 3.* Testator servis manumissis legavit contubernales, itemque filios & filias. Idem postea petit ab heredibus suis, restituerent quosdam fundos, cum omnibus, quæ ibi erunt, & mancipiis rusticis, vel urbanis, & actoribus, exceptis manumissis. In fundis legatis tempore mortis testatoris erant servi Eros, & Stichus, qui actum administrabant; & erant filii Damæ, qui à testatore fuerat manumissus. Quæsitum fuit, an illi ad Damam pertinere deberent, quod ejus essent filii, an verò ad uxorem, quod in fundis ei relictis essent. Respondit Scævola, ad patrem naturalem intuitu pietatis eos pertinere. Non confugisset Scævola ad intuitum pietatis, si servi illi specialiter legati patri naturali, exemti essent à genere mancipiorum uxori legato.

Respondetur, confugiendum fuisse ad intuitum pietatis pluribus de causis. Prima ac potissima est, quia testator, cum legavit servis manumissis contubernales, nec non filios, & filias, excepit eos, quos uxori legasset: atqui Eros & Stichus uxori legati erant, cui reliquit testator mancipia, quæ in fundis per fideicommissum uxori relictis essent. Accedit quod nominatim testator reliquit uxori actores, qui essent in fundis fideicommissis, & hujusmodi erant Eros, & Stichus. Concurrit & alia causa, quia hîc non erat uni relictum genus, alteri species: sed aut utrique genus, aut utrique species: Nam manumissis legati erant filii, & filiæ nominatim: uxori relicti erant nominatim actores: itaque viderentur esse communicandi Eros, & Stichus inter Damam, & uxorem juxtà *l. servis urbanis 99. §. ult. ff. de leg. 3.* Sed omnem controversiam dirimit intuitus pietatis, quo præsumitur adductus testator ad legandos filios, & filias servis, quos manumisit: ut possint eis libertatem dare, eosque piè, ac liberaliter tractare.

Aliud argumentum nobis suppeditat idem Scævola in *l. Titia 19. §. qui Marco ff. de ann. leg. Qui Marco homini docto certa annua præstabat, testamento cavit: Domina sanctissima scio te de amicis meis curaturam, ne quid his desit: verumtamen & Marco dari octingenta Respondit Scævola, Marco deberi non solum octingenta, sed etiam annua, quæ testator ei vivus præstabat.* 12

Nullius momenti est hoc argumentum. Non est uni legatum genus, alteri species: Sed eidem legata tum octingenta, tum annua. Non est legatum genus & species. Nam nec annua sunt species octingentorum, nec octingenta sunt species Salarii annui, quod à vivo testatore ei præstabatur. Solùm igitur concurrunt duo legata in eodem legatario atque adeo utrumque præstandum esse dubitari non poterat. De eo controversia erat, an Marco relicta essent annua illis verbis: *scio te de amicis meis curaturam, ne quid his desit.* Item an octingenta relicta essent & subrogata in locum annui salarii: tunc enim annuum salarium non deberetur, sed solum octingenta *l. alimenta §. Basilica ff. de alim. leg.* quam supra exposui. Sed verba, quibus usus est testator: *verumtamen Marco, &c.* demonstrant, testatorem voluis-

se, Marcum habere utrumque legatum, atque ita rectè ea est interpretatus Scævola.

13 Superest aliud petitum ex *l. ult. §. ult. ff. de aur. & arg. leg. Mulier Seja legavit ornamenta universa: deinde jussit, se funerari arbitrio viri, & ex ornamentis inferri sibi lineas duas ex margaritis, & viriolas ex smaragdis. Sed neque maritus neque heredes curarunt, ut hæc ornamenta inferrentur. Respondit Scævola, non ad heredes, sed ad Sejam legatariam ea ornamenta pertinere.*

In promptu est responsio. Non impleta voluntate testatricis, quæ viriolas ex smaragdis, & duas lineas margaritarum è genere ornamentorum exemerat, ut iis ornaretur, cum sepeliebatur, utique genus non minuitur, & Sejæ, cui ornamenta legata fuerunt hæc quoque debentur, cum in genere legato contineantur, à quo non fuerunt exempta, non impleta testatricis voluntate, quæ facto mariti, & heredis ad nihilum recidit, adeoque nihil detrahit legato generali.

CAPUT XXIII.

Ad L. legata 9. ff. de suppellect. leg.

SUMMARIUM.

1 *An species expressa coangustet genus, voluntatis quæstio est. Interpretes, qui eam tractarunt, veritatem non assequunti.*
2 *Species adjecta generi non minuunt, si quæ causa appareat, cur adjecta fuerint. Expenduntur loca, quæ pro negativa sententia afferuntur ad n. 6.*
7. *Enumerantur loca, quibus affirmativa sententia confirmatur ad n. 16.*

1 SUccedit altera controversia, quam in superiore attigimus, infinitis propemodum difficultatibus involuta, quam dum explicare conati sunt interpretes, & in forensibus causis apprimè exercitati, mirabiliter implicarunt. Ea est, an species expressæ coangustent genus, ipsumque contrahant ad species expressas. Voluntatis quæstio est: adeoque oleum & operam perdunt, qui hac de re certam regulam statuere conantur. Facilè
2 quidem rem expediunt, qui ajunt, tunc speciem genus coarctare, cum adjecta est aliqua particula taxativa: *scilicet; videlicet*, aliave ejusdem modi. Sed hi non solvunt quæstionem, verum ab ea declinant. De hoc enim nulla potest esse controversia, cùm manifesta sit voluntas testatoris suam mentem perspicuè declarantis. Alii distinguunt, an species præcedat genus, an subsequatur. Inanis profecto distinctio, nulloque jure, nulla ratione suffulta. Sunt, qui doceant, distinguendum esse, an genus sit per adjectivum neutraliter positum; an per substantivum. Nisi vererer de doctissimis viris detrahere, hanc distinctionem non solum commentitiam esse dicerem, sed etiam ineptam. Certè veteres Jurisconsulti nihil tale cogitarunt. Ut hoc appareat, atque extet singulas leges, quæ hac de re pertractant, diligenter explanabimus, & quæ in utramque partem differuntur, exponemus, ac deinceps, quid in hac perdifficili, & perobscura quæstione sentiamus, in sequenti dissertatione proponemus.

Primum autem, quod species non imponat generi modum, nec legatum minuat, 3
perspicuè traditum ab Ulp. in *l. quæsitum 12. §. si quis fundum 46. ff. de fund. instr.* pro quo facit auctoritas Papiniani in *l. legato 9. ff. de suppell. leg.* Papinianus ita scribit. *Legata supellectili, cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato, non derogatur. Si tamen species certi numeri demonstrata fuerint, modus generi datus intelligitur.* Ulpianus autem in laudata *l. quæsitum* Papiniani responsum generaliter accepit. Ait enim: *Si quis fundum ita, ut instructus est, legaverit, & adjecerit cum supellectili, vel mancipiis, vel cum aliqua re, quæ nominatim expressa non erat: utrum minuit legatum adjiciendo speciem, an vero non, quæritur: & Papinianus respondit, non videri minutum, sed potius ex abundanti adjectum.* Verba illa Papiniani: *cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur.* Ulpianus ita interpretatur, quasi Papinianus pro certo affirmaverit, credendum esse, species adjectas fuisse per imperitiam ex abundanti. Quapropter nisi contrarium manifestè demonstretur, minutum non erit legatum. De altera legis parte, quæ videtur paulo obscu-

rior, quando videlicet modus legato datus intelligatur, dicemus in proxima.

Hanc opinionem plerique confirmant auctoritate Modestini in *l. verba* 5. *ff. de alim. vel cib. leg.* Ibi : *Testator ita legaverat : omnibus libertis meis cibaria præstabis pro arbitrio vestro, non ignorans, quos ex his caros habuerim. Item alio loco ita scripsit ; Prothymum, Polychronium, Hypatium commendo, & ut vobiscum sint, & cibaria præstetis peto. Quæsitum fuit, an omnibus cibaria dari deberent, an solis illis, quos commendavit, & cum heredibus esse jussit. Modestinus respondit, omnibus libertis cibaria relicta proponi, quorum modum viri boni arbitrio statuendum esse*: sed hoc Modestini responsum, ut ingenuè fatear quod sentio, ad quæstionem nostram non pertinet. Animadverto enim verba illa : *pro arbitrio vestro*, non referri ad electionem libertorum, quibus alimenta præstanda sint: testator enim omnibus libertis cibaria præstari voluit; non dedit electionem heredibus, quibusnam ea præstare vellent : ac propterea rectè respondit Modestinus, omnibus libertis cibaria relicta proponi. Ea igitur verba referuntur ad modum alimentorum : hoc est, heredes scientes, quos testator ex libertis caros haberet, his pinguiora alimenta præstare debent : & ideo rectè dixit Modestinus, modum cibariorum arbitrio boni viri statuendum. Licet enim testator id commiserit arbitrio heredum, tamen ipsi arbitrari debent, quemadmodum vir bonus arbitraretur. Illud etiam animadvertendum, quod secundum legatum tribus illis libertis nominatim relictum non potest minuere primum, quod generatim relictum est omnibus : tum quia, cum expressè relictum sit omnibus, non possunt ab eo reliqui excludi, nisi fuerit ipsis ademptum : tum quia hoc secundum legatum diversum est à primo, quia non solum in hoc cibaria relinquit tribus libertis testator, sed etiam mandat heredibus, ut eos secum habeant, & cum eos commendet heredibus, hoc ipso demonstrat, eos sibi caros esse atque eis cibaria pinguiora esse præstanda, sicut mandaverat in primo legato. Constat igitur, hoc secundum legatum adjecisse testatorem, non ut cæteris adimeret legatum, & cibaria in primo legato ipsis relicta ; sed ut hos commendaret heredibus, & caros sibi esse declararet, & velle se eos cum heredibus commorari. Quamobrem ex hac lege conficitur, quod si qua causa appareat, cur testator species generi adjecerit : ac si verba commodè alio referri queant, idque recta ratio sermonis suadeat, numquam species adjectæ genus minuent, eique modum ac terminos angustiores circumscribent.

Minus ad rem attinet Scævolæ responsum 4 in *l. alimenta* 16. §. *Basilica ff. de alim. & cib. leg. Basilicæ legata erant decem, ut cum annorum vigintiquinque esset, ei restituerentur cumusuris, ex quibus aleretur. Alio capite libertis, libertabusque cibaria, & vestiaria, & habitatio legata erat. Quæsitum fuit, an hæc quoque Basilicæ deberentur : responsum est non deberi.* In hac lege non id, de quo agimus, in quæstione versatur : Sed an legatum speciale duplicatum videatur, adjecto legato generali : Seu an genus comprehendat etiam speciem, de qua testator specialiter jam disposuerat, qua de re in superiore disputavimus, & fortasse alias disputabimus. Basilicæ libertæ relicta erant decem cum usuris, ut ex his aleretur : adeoque ei relicta erant alimenta. Postea legata erant alimenta libertis, libertabusque, utique in hoc legato generali Basilica non continetur, cui jam alimenta specialiter erant legata, neque enim verisimile est, testatorem voluisse eam habere alimenta duplicata. Et ideo optimam rationem subdit Claudius : *quia destinaverat alimentis ejus usuras pecuniæ, quas ei specialiter prælegaverat* : species hîc coarctat genus eo modo, quo potest. Nam Basilica in legato generali non continetur : non ea ratione quia species coarctet genus, sed quia alimenta jam ei erant legata. Cæterum, quod nostræ quæstionis est, hoc loco genus in unam speciem redigi non potest : hoc est, soli Basilicæ alimenta deberi. Etenim cum duo sint legata inter se diversa, atque sejuncta, si soli Basilicæ alimenta deberentur, legatum generale alimentorum esset omnino inutile : quo nihil absurdius dici potest, aut cogitari. Neque

adeo juris ignarus fuit Scævola, ut hoc in controversiam vocaret: aut tamquam rem dubiam incertamque proponeret.

Supersunt aliæ duæ leges explicandæ. In *l.*
5 *annuam 6. ff. de ann. leg. Testator annuam pecuniam ad ludos civitati reliquit, quibus præsideri heredes voluit, successores negant se debere, quasi testator tamdiu præstari voluisset, quamdiu præsiderent heredes. Respondit Modestinus fideicommissum in perpetuum præstandum esse.* Sed hîc nulla species adjecta generi, verùm qualitas adjecta legato in honorem heredum: quæ legatum, quod natura sua perpetuum est, *l. pen. ff. eod.* non efficit temporarium.

In *l. quisquis 95. in fin. ff. de leg. 3.* Tes-
6 tator legaverat cuidam, quantas summas dictasset: dictavit etiam res corporales. Quæsitum est, an hæ legato continerentur. Eas quoque contineri responsum est. Futile est argumentum, quod ex hac lege deducitur. Alienissimum enim est à nostra quæstione, quod in ea lege vocatur in dubium. Nimirum dubitatur, an nomine summarum res corporales contineantur: & contineri respondetur, tum quia id non abhorret à verbi significatione, ut ibi probatur exemplis, tum quia consentaneum est voluntati testatoris, qui inter summas dictavit etiam res corporales.

7 Contraria sententia gravissimis firmissimisque nititur argumentis. Primum ducitur à *l. heres meus* 100. §. 1. *ff. de leg.* 3. Duæ statuæ marmoreæ cuidam nominatim, item omne marmor erat legatum. Quæstionis fuit apud veteres, an solæ duæ statuæ legato continerentur, quæ nominatæ erant, an etiam reliquæ, quæ generali legato marmoris poterant contineri. Javolenus statuit, solas duas deberi. Animadvertendum tamen est, quòd hîc duo proponuntur legata: alterum speciale statuarum: alterum generale marmoris. Dubitatur, quid generali legato marmoris testator voluerit comprehendere: & licèt verbi significatio possit etiam ad statuas extendi, tamen, cùm statuas separatim ac specialiter legaverit, potest videri, non putasse in marmore se statuas legare. Quamobrem si subtiliùs expendatur Javoleni responsum, pertinet potiùs ad eam quæstionem: an species expressa in genere contineatur.

Alterum ducitur à *l. ult. in fin. ff. de trit. vin. & ol. leg.* Ibi: *Legatum erat vinum amphorarium, Amineum, Græcum, & dulcia omnia. Inter dulcia nihil nisi quod potionis est, legatum videtur.* Equidem vini commemoratio restringit generale legatum omnium dulcium. Verumtamen si rem attentiùs consideremus, non restringitur genus à specie expressâ, nam & vini legatum generale est: sed cùm legato vini subjiciantur verba illa: *& dulcia omnia*: dubitatum fuit, an ea tantùm dulcia legata viderentur, quæ sunt ejusdem generis, ac vinum; nempè quæ sunt potionis, ut passum, defrutum, & alia poculenta, an verò etiam esculenta, ut ficus, caricæ, mel, & alia hujus generis. Et quia conjunctim eâdem oratione post genera vini enumerata adjecit etiam dulcia, respondit Labeo, solùm ea, quæ sunt potionis, legato contineri ex collatione vini amphorarii. Collatio igitur vini suprà legati genus dulcium ad potiones contrahit, ac reducit, non species expressa. Itaque ex hâc lege potius illud deduci posse videtur, quòd quoties alicui generi subjicitur aliquid magis generale, & quod latiùs pateat, quàm genus superiùs expressum, hoc ad illud redigi ac reduci debeat, factâ collatione cum illo. 8

Tertium depromi potest ex *l. nam quod liquidæ 4. in fin. ff. de pen. legata* Ibi: *Legata erat omnis penus præter vinum, quod Romæ erit. Pomponius & Paulus responderunt, solam penum, quæ Romæ est, legatam videri.* Hoc quoque legatum verè non restringit adjectio vini, sed demonstratio illa, quæ certo loco circumscribit rem legatam: *quod Romæ erit.* Demonstrat enim testatorem sensisse de penu, quæ Romæ erat: Exceptio enim sicut confirmat regulam in his, quæ non sunt excepta, ita demonstrat, quâ de re voluerit disponere testator *l. quæsitum §. idem respondit domo* 43. *verf. denique Neratius ff. de fund. instr.* Itaque demonstratio illa: *quod Romæ erit*, licet adjecta fuerit 9

vino, tamen refertur ad totum legatum, hoc est, ad penum legatam. Nam quod excipitur, pars est subjecta generi, unde eximitur: ac propterea si vinum, quod Romæ est, excipitur, & de penu legatâ eximitur, penus quoque, quæ Romæ est, legata censeatur necesse est.

10 Quartum ex *l. cum de lanionis* 18. §. *cui fundum ff. de instr. vel instrum. leg. Cui fundum instructum legavit nominatim, mancipia legavit: quæsitum est, an reliqua mancipia, quæ non nominasset, instrumento cederent. Cassius ait responsum esse, tametsi mancipia instructi fundi sint, tamen videri eos solos legatos esse, qui nominati essent; quod appareret non intellexisse patremfam. instrumento quoque servos annumeratos esse.*

11 Quintum ex eâdem *l.* §. *quidam penult. Cùm quidam ita legasset; villam meam ita ut ipse possedi, cum supellectile, mensis, mancipiis, quæ ibi deputabuntur, urbanis, & rusticis, vinis, quæ in diem mortis ibi erunt, & decem aureis: & quæreretur, cùm in diem mortis ibi libros, & vitreamina, & vesticulam habuerit, an eadem omnia legato cederent, quoniam quædam enumerasset. Scævola respondit specialiter expressa, quæ legato cederent.*

12 In *l. Seja* 20. *in princ. ff. eod. Quidam testamento Sejæ reliquit fundos instructos, cum villicis, & reliquis colonorum. Posteà in codicillis, oblitus testamentariæ scripturæ, legavit fundos ita ut sunt instructi rustico instrumento, supellectile, pecore, & villicis, cum reliquis colonorum, & apothecâ. Respondit Scævola, testatorem, quid instructi appellatione contineri vellet, satis ostendisse;* ideòque ea tantùm, quæ enumeravit, deberi: non autem quod usûs quotidiani causâ in fundis haberet, licèt hoc quoque fundi instructi appellatione contineatur *l. quæsitum* §. *sed si fundus cum seqq. ff. eod.*

13 In *l. quæsitum* 78. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Argentum omne, & supellectilem, quodcumque habeo, tibi dono, & quicquid in prædio Semproniano habeo.* De hoc legato respondit Paulus: de argento, & supellectile, quæ alibi esset, eum, cujus notio est, æstimaturum, ut obtineat, quod testatori placuisse à legatario approbabitur: ergo nisi legatarius probet, testatorem voluisse legare etiam argentum, & supellectilem, quæ alibi esset; legatum generale redigetur ad id solummodò, quod est in fundo Semproniano. Sed, ut suprà dicebam, designatio certi loci est, quæ laxissimum legatum arctiùs adstringit, & reducit ad ea, quæ sunt in fundo Semproniano. Nimirum cùm plura conjunctim legata, aut donata sint, mentio fundi Semproniani in fine adjecta ad omnia antecedentia refertur: maximè quia in legato antecedenti testator eum contentum esse jusserat fundo Semproniano cum suis inhabitantibus, id est, familiâ, & quæ ibi erunt. Itaque subsequens epistola, in qua pariter legatum adstringitur ad limites fundi Semproniani, interpretationem recipit à præcedenti legato *l. si servus* 50. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. nummis* 75. *ff. de legat.* 3.

In *l. legatorum* 33. §. 1. *ff. de legat.* 2. 14
Quidam plures hæredes instituit testamento: à quibusdam nominatim relinquit legata: posteà codicillos ad omnes hæredes scripsit. Respondit Modestinus, nihilominùs ea legata deberi solùm ab illis hæredibus, quos manifestè testamento testator expresserit. Non existimo hanc propositæ sententiæ plurimùm adjumenti afferre. Hîc non species derogat generi: sed genus in codicillis adjectum non derogat speciei in testamento nominatim expressæ. Præterea testator scripsit quidem codicillos ad omnes hæredes, non tamen ab omnibus expressè legata repetiit. Nam si legata ab omnibus expressè repetiisset, sicut à quibusdam nominatim in testamento reliquerat, ab omnibus deberentur, non bis, sed semel, *l. si tibi homo* 86. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. Mevius* 66. §. *eum qui ff. de leg.* 2. Cùm autem expressè & nominatim ab omnibus ea non repetierit, non debet id, quod incertum est, explicare rem certam; nec obscura voluntas, claram & expressam in testamento voluntatem testatoris declarare aut ei derogare.

Superest explicandum aliud Scævolæ responsum in *l. Aurelius* 28. §. *testamento ita* 15

ff.

ff. de liberat. leg. Testamento ita scripserat : Titio affini meo quicquid mihi quâcumque ex causa debebat , remitti volo , eoque amplius decem do. Codicillis ita scripsit : Titio hoc amplius affini , & debitori meo , usuram pecuniæ , quam mihi debet , ab herede meo donec vivet, exigi veto : quòd si exigere contra voluntatem meam putaverit , ejus sortis usuram eidem Titio ab heredibus meis donec vivit, præstari volo. Respondit Scævola , *videri minutum legatum , quod primò dederat.* Sed hîc non minuitur legatum propter speciem adjectam generi. Sunt enim duo diversa legata , diversas res continentia , diversis scripturis relicta. Primum relictum est in testamento : alterum in codicillis : primum continet liberationem à debito sortis, alterum liberationem ab usuris : primum est indefinitum , & nullo tempore circumscribitur : alterum continet liberationem ab usuris quamdiu vivet legatarius. Ratio igitur , cur secundum legatum minuat primum , ea est , quia secundum continet revocationem , & ademptionem primi quoad debitum sortis. In primo enim testator legatario remittit , quicquid ex quacumque causa debebat : remisso autem debito , necessario consequitur etiam remissio usurarum in futurum , cum extincto debito principali non possint amplius currere usuræ. In secundo remittit usuras quoad vivet legatarius , & vetat eas exigi ab herede ; & si exactæ fuerint , eas legatario restitui. Pugnat igitur secundum legatum cum primo. In primo enim remittit expressè sortem , & tacitè usuras ex necessaria consecutione remissæ sortis. Contra in secundo remittit expresse usuras, & ex necessaria consequutione confirmat debitum sortis. Insulsa enim esset & inutilis remissio usurarum , si sublatum esset debitum principale sortis , unde profluit cursus usurarum. Sunt ergo contraria hæc duo legata quoad debitum sortis : à primo enim tollitur : à secundo confirmatur. Quapropter utrumque simul stare non potest. Et quia in ultimis voluntatibus posterior scriptura spectari debet *l. si tibi certam* 28. *in fin. ff. de adim. legat.* & quæ posteà geruntur , prioribus derogant *l. Divi* §. *licet ff. de jure codicill.* ideo attenditur legatum relictum in codicillis, quod derogat legato relicto in testamento : quod nudâ etiam voluntate potest revocari *l.* 3. §. *ult. ff. de adim. leg.* eaque etiam tacita *d. l.* 3. *in fin. l. si inimicitiæ ff. de his quib. ut indig. l.* 2. *in fin. & l.* 3 *ff. de aur. & arg. leg.* Optimus in rem nostram *text. in l. libertis* 18. *in princ. ff. de alim. leg.* Atque hæc certissima sunt ; sed scrupulum & dubitationem injiciebant illa verba : *hoc ampliùs* , quæ augendi legati causa videbantur adjecta. Quapropter videri poterat testator adjecisse remissionem usurarum in codicillis rei magis declarandæ causâ , eo quod in testamento nullam usurarum mentionem fecerat. Verùm rectè respondit Scævola , minutum esse legatum , tum naturâ rei , tum ipsâ necessitate hoc dictante. Etenim si extingueretur debitum principale sortis ex mente testatoris , utique non possent exigi usuræ , ut in codicillis supponit testator. Præterea quia testator liberat à solutione usurarum solummodo legatarium quamdiu vivet , non vero tollit earum obligationem in perpetuum : quare mortuo legatario iterum incipient currere usuræ , quod fieri non posset sublato debito principali.

Hoc ad extremum moneo , frustra esse , 16 quod ad tutandam hanc opinionem præsidium petunt ex *l. cum fundus* 126. *ff. de V. S.* ibi enim nec generis, nec speciei ulla ratio habetur : sed cum dominus in dando fundo apertè , ac perspicuè declaraverit : *jus fundi deterius factum non esse per dominum præstabitur,amplius præstabitur nihil* : licet verba illa : *uti optimus maximusque esset*, significent fundum liberum esse : tamen ambigua sunt,quia potest esse liber ab omni servitute à quocumque imposita , & potest dici liber a servitute imposita à domino fundum dante. Propterea dominus ad tollendam ambiguitatem , addidit se tantum præstare jus fundi per se deterius factum non esse , & nihil amplius : quibus verbis dilucidè planèque explicavit voluntatem suam , ut de ea dubitari non posset.

CAPUT XXIV.

Ad eamdem Leg.

SUMMARIUM.

1 *Species derogat generi in clara voluntate : in ambigua controverſum.*

2 *Prima regula : cùm ſpecies per imperitiam ex abundanti enumerantur, diſpoſitioni generali non derogant.*

3 *Maximè ſi alia cauſa appareat, ex qua ſpecies adjecta ſint.*

4 *Secunda : ſi ſpecies certi numeri demonſtrata fuerint, modus generi datus in his intelligitur. Exemplis explicatur.*

5 *Id obtinet cùm ſpecies certi numeri in ipſomet diſponente demonſtrantur, putà ſi eidem legata ſint.*

6 *Tertia : plures ac plures ſpecies adjecta genus coercent, & redigunt ad illas ſpecies. Exempla.*

7 *Expenditur l. quaſitum 12. §. ſi quis fundum 46. ff de fund. inſtruct.*

8 *Item l. Seja 20. ff. eod.*

9 *Traditur differentia inter ſecundam & tertiam regulam.*

10 *Quarta : Duobus legatis ſeparatim relictis, quod reſtrictius eſt, deroga alteri. Exempla.*

11 *Quinta regula. Species reſtringit genus, quoties utrumque conjunctim in eadem oratione exprimitur. Exempla.*

AN ſpecies adjecta generi modum imponat, ipſumque coerceat intra cancel-
los, quos ſpecies expreſſa circumſcripſit, in
ſuperiore diſſertatione in utramque partem
diſputavimus. Modò quid ſtatuendum ſit in
tam difficili atque obſcurâ quæſtione, ope-
1 ræ pretium eſt inveſtigare. Equidem illud
veriſſimum eſt, in toto jure ſpeciem generi
derogare *l. in toto* 80. *ff. de reg. jur. l. ſanctio legum* 41. *ff. de pœn.* Exemplum hujus rei proponitur in laudatâ *l. ſanctio* & in *l. ſi cum fundus* 126. *ff. de V. S. Cùm fundum tibi darem, ita dixi : uti optimus maximuſque eſſet, & adjeci : jus fundi deterius factum non eſſe per dominum præſtabitur : amplius eo præſtabitur nihil.* Verba : *uti optimus maximuſque eſſet*, generalia ſunt, & ſecundùm illa dominus præſtare deberet fundum eſſe liberum : ſed cùm adjecerit verba : *jus fundi* &c. quæ genus expreſſè coarctant, non poteſt dubitari, dominum non teneri aliud præſtare, quàm jus fundi per ſe deterius factum non eſſe. Sed de hâc lege luculentiùs in fine ſuperioris diſſertationis, Aliud exemplum in *l. ex empto* 11. §. *qui autem ult. ff. de action. empti.* Venditor tenetur emptori præſtare eum habere licere non ſolùm per ſe, ſed per omnes *d. l. ex empto* 11. §. *pen.* At ſi promittat emptori habere licere per ſe, heredeſque ſuos, non tenebitur, ſi alius evincat, ſaltem ex empto in id quod ejus intereſt *d. l. ex empto* §. *ult.* Sed de his nulla eſt controverſia, cum quis diſtinctè atque explicatè voluntatem ſuam expoſuit : nam cùm in verbis nulla eſt ambiguitas, non eſt admittenda voluntatis quæſtio *l. ille, aut ille* §. 1. *ff. de leg.* 3.

Illud in controverſiam vocatur, quid ſta- 2
tuendum ſit, cùm ambigua eſt voluntas diſ-
ponentis. Quid hâc in re juris ſit meo judicio, quàm potero, planiſſimè dicam. Prima regula ſit, quam conſtituit Papinianus in *l. legata* 9. *ff. de ſuppell. leg. Legata ſupellectili cùm ſpecies ex abundanti per imperitiam enumerentur generali legato non derogatur.* Hanc confirmat Ulpianus in *l. quaſitum* 12. §. *ſi quis fundum* 46. *ff. de fund. inſtr. Si quis fundum ita ut inſtructus eſt, legaverit, & adjecerit : cum ſupellectili vel mancipiis, vel unâ aliquâ re, quæ nominatim expreſſa non erat : utrum minuit legatum adjiciendo ſpeciem, an vero non, quæritur : & Papinianus reſpondit, non videri minutum, ſed potiùs ex abundanti adjectum.*

Maximè verò obtinet hæc regula, ſi appa- 3
reat alia cauſa, propter quam teſtator generi ſpecies adjecerit, non eo animo ut legatum minueret : ut in *l. verba* 5. *ff. de alim. vel cibar. leg.* Ibi : *Omnibus libertis noſtris cibaria præſtabitis pro arbitrio veſtro non ignorantes, quos ex his caros habuerim : item alio loco : Prothymum, Polychronium, Hypatium commendo, ut & vobiſcum ſint, & cibaria præſtetis peto. Quæro an omnibus cibaria debeant dari ; an his, quos commendavit ; & cum hæredibus eſſe juſſit. Modeſtinus reſpondit, omnibus libertis cibaria relicta proponi, quorum modum viri boni arbitrio ſtatuendum eſſe.* Apparet enim teſtatorem tribus libertis nominatim cibaria reliquiſſe : non ut cæteris.

ea adimeret : sed ut eos commendaret hæredibus, sibique caros esse ostenderet, eisque pinguius cibaria præstarentur, & eum hæredibus commorarentur : ut fusè latèque diximus in superiore. Itaque hîc opus non est ad illud Papiniani, atque Ulpiani perfugium confugere, per imperitiam & ex abundanti nominatos fuisse tres illos libertos. Quotiescumque igitur verba testatoris & adjunctio specierum alio referri possunt, numquam genus minuunt.

4 Altera regula, quam ab eodem Papiniano depromptam statuimus, ea est. Si species certi numeri demonstratæ fuerint, modus generi datus in his speciebus intelligitur. Idem servabitur instructo prædio legato, si quædam species numerum certum acceperint. Verba sunt Papiniani in *l. legata 6. in princ. ff. de supellect. leg.* quæ non modicâ indigent explicatione, ut, quid hâc regulâ contineatur, rectè teneamus. Exemplis à Jure petitis rem planam faciemus. Primum petimus ex *l. cùm delanionis* 18. *§. cui fundum* 11. *ff. de fund. instruct.* Quidam legaverat Sempronio fundum instructum, & nominatim duo mancipia, Stichum, & Getam. Quæsitum fuit, an reliqua quoque mancipia deberentur, quæ testator non nominavit, nam legato fundo instructo debentur omnia mancipia, quæ agri colendi gratiâ in fundo sunt *l. in instrumento* 8. *in princ.* & in *§. quibusdam l. quæsitum* 11. *§. Alphenus* 2. *& passim alibi ff. eodem.* Verùm licèt in legato generali fundi instructi omnia mancipia contineantur ; tamen, quia testator species certi numeri demonstravit, hoc est, Stichum, & Getam nominatim legavit, illi soli legato continentur, quod appareret, non intellexisse, instrumento quoque servos annumeratos esse. Instrumentum fundi genus est, sed genus summum, quod multa alia genera sibi subjecta comprehendit : ut mancipia, cibaria, instrumenta, & alia, quæ fusè enumerantur in *l. quæsitum* 11. *ff. de fund. instr.* Animadvertendum enim est, quòd plerùmque Jurisconsulti genus appellant id, quod speciem dialectici dicunt ; & speciem, quam dialectici nominant individuum. Itaque cùm ex genere mancipiorum à testatore nominatim duæ species legatæ fuerint, Stichus, & Geta, totum genus mancipiorum ad has duas species redigitur Stichum, & Getam, atque hi soli legato continentur, non reliqua mancipia.

Monendum tamen est, hoc solummodò obtinere, cùm eidem legatæ sunt species certi numeri. Cæterùm si alteri legata fuissent illa duo mancipia Stichus, & Geta ; ei, cui fundus instructus legatus est, reliqua mancipia deberentur : ut contra Alphenum respondit Ulpianus in laudata *l. quæsitum* 11. *§. Alphenus* 2. *ff. de fund. instruct.* quia eos eximit à genere mancipiorum in fundi instrumento contentorum, & in illis tantummodò minuit legatum, eos adimendo legatario, & alteri dando. 5

Secundum haud absimile exemplum peti potest ex *l. heres meus* 100. §. 1. *ff. de leg.* 3. Ibi : *Duæ statuæ marmoreæ cuidam nominatim ; item omne marmor erat legatum : nullam statuam marmoream præter duas Cascellius putat deberi. Ofilius, Trebatius contrà. Labeo Cascellii sententiam probat, quod verum puto ; quia duas statuas legando potest videri non putasse in marmore se statuas legare.* Marmor genus est, & continet alia genera, quæ minùs latè patent, ut marmor rude, marmor expolitum, statuas, vasa, & alia hujusmodi. Quoad genus statuarum testator duas nominatim legavit, ut putà statuam Jovis, statuam Veneris : has duas species nominatim legando non videtur in genere marmoris, statuas voluisse comprehendere : quamobrem reliquæ non debentur, & genus statuarum, quod universum in legato marmoris contineretur, redigitur ad duas species nominatim legatas, nempè ad statuas Jovis ac Veneris.

Tertia regula est. Si testator plures ac plures species generi adjecerit : illæ genus coercent adeò, ut genus ad illas species redigatur, & ipsæ solummodò debeantur. Exemplum nobis suppeditat Paulus in *l. cùm de lanionis* 18. §. *quidam, penult. ff. de fund. instruct. Quidam cùm ita legasset : villam meam, ita ut ipse possedi, cum supellectili, mensis, mancipiis, quæ ibi deputabuntur, urbanis, &* 6

rusticis, vinis, quæ in diem mortis ibi erunt, & decem aureis. Et quæreretur, cum in diem mortis ibi libros, & vitreamina, & vesticulam habuerit, an eadem omnia legato cederent: Scævola respondit specialiter expressa, quæ legato cederent. Vides hîc tot species enumeratas fuisse, quæ totum ferè genus absorbeant: itaque præsumi non potest aut eas ex abundanti adjectas fuisse, aut testatorem ignorasse, ea legato genere contineri, ut in prima regula, quam initio exposuimus. Nam qui legat villam ita, ut ipse possidet, legat villam instructam *l. prædiis 91. §. 1. ff. de leg. 3.*

Alterum exemplum proponit Scævola in *l. Seja 20. in princ. ff. de instruct. l. instr* Atque hoc responsum fortasse est illud ipsum, cujus meminit Paulus in superiore lege. Verba Scævolæ sunt hæc. *Seja ex parte heredi instituta, si heres erit, fundos per præceptionem dederat instructos cum suis villicis, & reliquis colonorum: & codicillis ita scripsit: postea mihi venit in mentem, Sejæ fundos, quos reliqui, ita ut sunt instructi rustico instrumento, suppellectili, pecore & villicis, cum reliquis colonorum, & apotheca habere volo. Quæsitum est, an etiam ea, quæ patrisfamilias usui quotidiani causa in fundis fuerunt, legato continerentur? Respondi, &c. non amplius deberi quam in codicillis, quos sane post oblivionem testamentariæ scripturæ fecisset, instructi appellatione contineri se velle, manifestè ostendisset.* Etiam in hoc legato enumerantur ferè omnes species, quas genus complectitur: ac propterea neque ex abundanti, neque per imperitiam præsumi possunt adjectæ.

7 Hanc regulam planè perspicuèque indicat Ulpianus in *l. quæsitum 12. §. si quis fundum 46. ff. de instr. l. instrum. Si quis fundum ita ut instructus est, legaverit, & adjecerit, cum supellectili, vel mancipiis, vel una aliqua re, quæ nominatim expressa non erat: utrum minuit legatum adjiciendo speciem, an vero non, quæritur; & Papinianus respondit, non videri minutum, sed potius ex abundanti adjectum.* Observo hîc ab Ulpiano proponi, vel unam tantum speciem adjectam, veluti supellectilem, vel mancipia: vel unam aliquam rem: non autem has omnes species cumulatim adjectas fuisse, sed unam, aut alteram tantummodo: itemque non plures res expressas fuisse, sed unam aliquam rem, quæ nominatim in genere expressa non erat. Atque id ideo, quia aliter responsurus fuerat, si plures species cumulatim fuissent expressæ.

Id ipsum observari potest in Scævolæ responso quod habemus in *l. Seja 20. in princ. ff. eod.* cujus verba modo retulimus. Scævola enim, antequam propositam quæstionem decidat, primum statuit attendi debere legatum in codicillis relictum, non autem relictum in testamento. Et quia in codicillis testator quamplurimas species expresserat, idcirco respondit eum manifestè ostendisse, quid instructi appellatione contineri vellet. Quod si attendi deberet legatum factum in testamento, in quo legaverat fundos instructos cum suis villicis, & reliquis colonorum, deberentur fundi cum omni instrumento: quia adjectio illa specialis, & singularis genus non redigeret ad illas duas species, quæ ex abundanti adjectæ præsumerentur. Atque id clarè indicant verba illa Scævolæ: *verum non amplius deberi, quam in codicillis, &c.* quibus verbis demonstrat, quod ex testamento aliquid amplius deberetur, videlicet fundus cum omni instrumento, ac propterea etiam ea, quæ usus quotidiani causa in fundis fuerunt. Legatum igitur relictum in testamento, attenta complexione verborum, restrictius est, quàm legatum relictum in codicillis: re ipsa laxius est, quia illud non restringit adjectæ species villicorum, sicut hoc restringit tot specierum enumeratio. Atque ita interpretari posse existimo verba illa Scævolæ: *Seja insuper fundum legatum:* nempe quod pinguius erat legatum relictum in testamento, quia insuper continebat etiam ea, quæ patrisfam. usus quotidiani causa in fundis fuerunt. Quod si liceat verba legum emendare, non recederem ab emendatione Cujacii, & Fabri, qui legunt: *Seja instructum fundum legatum.* Verè enim in testamento legatus erat fundus instructus, quia adjec- 8

tio illa : *cum suis villicis & reliquis colonorum* legatum non coercet, quominus maneat integrum & sine diminutione legatum fundi instructi. Hoc ipsum non minus apertè indicant alia Scævolæ verba : *Verum non amplius deberi, quàm in codicillis, quos sanè post oblivionem testamentariæ scripturæ fecisset.* Quibus verbis arbitror Scævolam voluisse significare, quod cum testator fecerit codicillos post oblivionem testamentariæ scripturæ, non potest à legato relicto in testamento deduci interpretatio legati relicti in codicillis, adeoque hujusmodi legatum est interpretandum secundum verba à testatore prolata, & naturam ipsius legati. Non erat oblitus testator se fundum in testamento legasse, ut constar ex verbis codicillorum : sed quomodo, & quibus verbis legasset. Si non esset oblitus ejus scripturæ, potuisset fortasse disputari, an legatum in codicillis relictum interpretandum esset secundum legatum in testamento relictum : sed cum ejus oblitus esset testator, necesse est hoc secundum legatum interpretari secundum verba, quibus hoc legatum relinquit, & mentem legantis, quam verbis expressit. Et hanc fuisse Scævolæ mentem nullus dubito.

9 Antequam autem aliò progrediar ; monere consentaneum duco, inter hanc tertiam regulam, & secundam supra explicatam plurimum interesse. In illa enim non species subjectæ generi exprimuntur : sed nominatim adjiciuntur res singulares, quæ continentur in aliqua specie subjecta generi legato. Quamobrem non restringunt genus ita, ut totum genus ad res nominatim expressas reducatur : sed restringunt eam speciem, cujus sunt partes, eamque coarctant & redigunt ad res nominatas, reliquæ autem species, quas genus complectitur, non minuuntur, sed manent integræ atque illæsæ, & nulla ex parte diminutæ. Contra in hac tertia non res singulares exprimuntur, sed species, quæ in genere continentur : adeoque non una tantum species minuitur, & coercetur : sed totum genus, quod concluditur intra species expressas, nec eas prætergreditur, sed earum terminis circumscribitur, adeo ut nihil aliud legato contineatur, nihil aliud debeatur, quam species expressæ.

Quarta regula. *Si duo fuerint inter se distincta, ac separatim relicta legata : veluti alterum in testamento, alterum in codicillis, & hoc sit restrictius, derogat primo, ipsumque minuit.* Exemplum habemus in *l. Seja in princ. ff. de instruct. l. instr.* quod hîc repetere operæ pretium non est, quia modo eam legem exposuimus, & quidem paulo uberius atque distinctius, quia difficiles habet explicatus, & à nostris miserè vexatur. 10

Alterum exemplum proponitur in *l. Aurelius* 28. §. *testamento ita ff. de liber. leg. Testamento ita scripserat : Titio affini meo, quidquid mihi quacumque ex causa debet, remitti volo, eoque amplius decem do. Codicillis ita scripsit : hoc amplius affini, & debitori meo usuram pecuniæ, quam mihi debet, ab herede meo, donec vivet, exigi veto. Quod si exigere contra voluntatem meam putaverit, ejus sortis usuram eidem Titio, ab heredibus meis donec vivet præstari volo. Respondit* Scævola, *videri minutum legatum, quod primò dederat.*

Tertium est in *l. alimenta* 16. *ff. Basilica ff. de alim. & cibar. leg. Basilica legata erant decem, ut, cum annorum viginti quinque esset, ei restituerentur cum usuris, ex quibus uteretur. Alio capite libertis, libertabusque cibaria, & vestiaria, & habitatio legata erant. Quæsitum fuit, an hac quoque Basilica deberentur : responsum est, non deberi*; legatum relictum libertis libertabusque generale est, & comprehendit natura sua etiam personam Basilicæ : sed legatum in specie relictum Basilicæ, genus restringit ad alios libertos libertasque, & de eorum genere Basilica eximitur. Sed has duas leges luculenter exposuimus in superiore, ac propterea plura de his dicere supersedemus. Illud tamen admonendum est, quod legatum specialiter Basilicæ relictum eximit quidem illam è numero libertorum, quibus generaliter relicta sunt alimenta, eamque privat hoc generali legato : non tamen minuit hoc legatum, neque quicquam detrahit aliis libertis : quod semper evenit, cum agitur non de genere rerum legatarum, sed de genere personarum :

persona enim, cui nominatim, & in specie legatum est, nihil detrahit illis, quibus legatum est in genere. Quod statutum est etiam in *l. verba 5. ff. de alim. vel cibar. leg.* ubi testator omnibus libertis suis cibaria legavit; & alio loco ita scripsit: *Prothymum. Polychronium, Hypatium commendo, ut & vobiscum sint, & cibaria praestetis, peto.* Non his solis, quos nominavit testator, & legato expresse honoravit, cibaria debentur, sed etiam omnibus aliis. Plura non addo. Nam in superiore hanc quoque legem copiosè examinavimus, & accuratè.

11 Quinta regula. *Species restringit genus, quoties utrumque conjunctim exprimitur in eadem oratione, ita ut alterum ad alterum referatur.* Dixi fortasse obscurius, sed dicam planius, & id exemplis clarissimis illustrabo. Primum, & quidem singulare exemplum peto ex *l. ult. in fin. ff. de trit. vin. & ol. leg. Quod si ita legatum esset; vinum amphorarium, Aminaum, Graecum & dulcia omnia: nihil inter dulcia, nisi quod potionis fuisset, legatum putat Labeo, collatione vini amphorarii: quod non improbo.* Genus illud *dulcia omnia* continet tam poculenta, ut passum, defrutum, atque alia ejusmodi, quam esculenta, ut mel, ficus, caricas, & id genus caetera, quae recensentur in eadem *l. in §. antecedenti.* Verum quia dulcia simul cum vinis legata sunt, & dulcia conferuntur cum vino, solum continentur in hoc legato dulcia poculenta, hoc est, mulsum, passum defrutum, & similes potiones. Itaque si solummodo legata essent dulcia, continerentur tam potiones, quas modo diximus, quam uva, ficus, palmae caricae *§. cui dulcia ejusd. legis.* Adjectio igitur illa vini restringit legatum dulcium ad solas potiones, propter collationem dulcium, cum vinis simul & conjunctim legatis. Et quod maximè animadvertendum est, illud restringit, etiamsi fuerit adjectum verbum universale: *omnia.*

Simile exemplum proponit Paulus in *l. quaesitum 78. §. 1. ff. de leg. 3. Argentum omne, & supellectilem, quodcumque habeo, tibi dono & quidquid in fundo Semproniano habeo. Quaesitum est an debeatur etiam argentum, & supellex, quae alibi esset: & responsum est, non deberi, nisi legatarius probaverit, id placuisse testatori.* Hîc quoque restringitur legatum ad argentum, & supellectilem, quam testator habet in fundo Semproniano, licet per verba universalia: *omne, & quodcumque habeo,* relicta essent. Nimirum mentio fundi Semproniani complectitur etiam argentum, & supellectilem, cum ea nobis indicet, testatorem cogitasse de his, quae erant in fundo Semproniano, eaque donare voluisse.

Aliud exemplum non absimili nobis exhibet idem Paulus in *l. nam quod liquida 4. §. ult. ff. de pen. legat. Si ita legatum sit: omnem penum, praeter vinum quod Romae erit; sola penus. quae Romae est, legata videtur: & ita & Pomponius libro sexto ad Sabinum scribit;* Verba illa, *quod Romae erit:* licet referantur ad vinum, tamen afficiunt totum legatum, & indicant, testatorem etiam de penu, quae Romae erit, cogitasse.

Hanc impeditissimam obscurissimamque quaestionem per regulas, & exempla placuit explicare, ut me ad usum forensem, & Pragmaticorum intelligentiam accomodarem, qui planè dilucideque expediri, & membratim, & incisè tractari controversias expetunt; fusam, tractamque, & excultam orationem aversantur.

CAPUT XXV.

Ad L. Si servitus 23. ff. de Servit. urban. praed.

SUMMARIUM.

1 *Affirmativa opinionis fundamenta afferuntur ad n. 10.*

11 *Negativa sententia probatur ad n. 20.*

21 *Ea cum distinctione accipienda.*

22 *Si disponens verbis utatur praesens tempus designantibus, futura non comprehenduntur.*

23 *Si absolutè disponatur, nec ullum tempus demonstretur, futura non comprehenduntur.*

24 *Accessiones verò, quae postea obvenerunt, comprehenduntur.*

25 *Successores tales esse debent, quales testator voluit,*

tempore delata successionis.
26 *Si verba usurpata futurum tempus demonstrent, dispositio ad futura extenditur.*
27 *Explicatur textus noster.*
28 *Expenditur l. si scripsisset 46. ff. de leg. 2.*
29 *Si verba usurpata significent utrumque tempus, tam futura, quam præsentia continebuntur.*
30 *Non semper obtinet regula, quod in testamentis tempus futurum non protenditur ultra mortem testatoris.*
31 *Vis verborum aliquando protendit dispositionem ad tempus futurum.*
32 *Res suas obligans, inducit hypothecam generalem tam in præsentibus, quam in futuris.*
33 *Exponitur l. si mancipia 19. ff. de fund. instr. vel instr. leg.*

1 CONsequens, ut examinemus, an generali sermone non solum præsentia, sed etiam futura comprehendantur. Et futura quoque comprehendi, suadere videtur Pomponii auctoritas in *l. si servitus* 23. *ff. de servit. urban. præd. Quod si ita sit cautum, ne luminibus officiatur, ambiguè est scriptum: utrum ne his luminibus efficiatur, quæ nunc sunt, an etiam his, quæ postea quoque fuerint. Et humanius est, verbo generali omne lumen significari, sive in præsenti, sive quod post tempus conventionis contigerit.* Nihil clarius dici potest.

2 Secundo videtur id confirmari in *l.* 4. & 5. *ff. de liber. & post.* Cum maritus posthumum heredem scribit, non utique solus posthumus scriptus videtur, qui ex ea, quam habet uxorem, ei natus est, vel is, qui tunc in utero est, verum is quoque, qui ex quacunque uxore nascatur. Ideoque qui posthumum heredem instituit, si post testamentum factum, mutavit matrimonium, is institutus videtur, qui ex posteriore matrimonio natus est.

3 Tertio id apertissimè sanxit Justinianus in *l. ult. C. quæ res pign. oblig.* Initio legis statuit, ut si quis fide, & periculo rerum ad se pertinentium satis fieri creditori suo promiserit: sufficere ea verba tam ad rerum earum, quas in præsenti debitor habet, quàm futurarum hypothecam. Et in fine subdit: *si res suas supponere debitor dixerit, non adjecto, tam præsentes, quàm futuras, jus tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras res producatur.*

Quarto idem Paulus respondit in legato in *l. si mancipia* 19. *in princ. ff. de instruct. vel instrum. legato*: ubi si testator legaverit fundum cum mancipiis, quæ tunc ibi essent, cum legaret: tamen debentur etiam mancipia, quæ postea à testatore inducta fundi colendi gratia, in eodem fundo fuerint: quia non minuendi, sed augendi legati causa mancipiorum quoque fecit mentionem. Qua in lege illud maxime dignum est animadversione, quod futura mancipia, hoc est, quæ postea inducta fuerint, legato comprehenduntur, etiamsi testator non solum verbo præsentis temporis usus fuerit: sed etiam expresserit, ea mancipia se legare, quæ tunc ibi essent, cum legaret. 4

Quinto accedit auctoritas Ulpiani in *l. si cognatis* 19 *in princ. ff. de reb. dub.* ubi de legato relicto cognatis scribit, *Certè si quis testamenti facti tempore cognatus non fuerit, mortis tempore factus est per adrogationem; facilius legatum consequetur.* 5

Sexto Papinianus in *l. cum pater* 77. §. *fidei tuæ* 12. *ff. de leg.* 2. *Fidei tuæ committo, uxor, ut des, ut restituas filiæ meæ, cum morieris, quidquid ad te de bonis meis pervenerit; etiam ea, quæ postea codicillis uxori dedit, fideicommisso continebuntur. Nam ordo scripturæ non impedit causam juris, ac voluntatis.* 6

Septimo in *l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. *Si scripsisset, qui legabat: quicquid mihi Lucium Titium dare, facere oportet, Sempronio lego: nec adjecit, præsens in diemve, non dubitarem, quantum ad verborum significationem attineret, quin ea pecunia comprehensa non esset, cujus dies moriente eo, qui testamentum fecisset, nondum venisset.* Ergo etiam id, quod post testamentum conditum debere cœpit Lucius Titius, dummodo ante mortem testatoris debere cœperit existente die, continebitur legato. 7

Octavo Marcianus in *l. si ita fuerit* 9. *ff. de leg.* 3. ait, quod verba illa: *ad quemcumque ex testamento meo vel ab intestato*: item illa: *ad quemcumque quoquo jure bona mea pervenient*; comprehendunt etiam eum, qui postea natus erit, & in familiam venerit, 8

& qui posteà cognatus esse cœperit; & quæ posteà nupta erit.

9 Nonò Scævola in *l. nomen* 34. *in princ. ff. de leg.* 3. proponit à testatore legatos decem aureos, quos hæredes Gaji ipsi debebant: & respondet non solùm decem aureos legato contineri, sed omne debitum, hoc est, etiam usuras, quæ debito accesserunt. Idem respondit in *l. ult.* §. *Gajo Sejo ff. de liber. leg.* Ubi si testator legaverit Sejo, quicquid sibi ab eo debetur, videtur Sejo omnis obligatio ejus debiti legata, etiam si quid postea usuratum nomine accesserit. Non absimile est, quod tradit Ulpianus in *l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. leg.* Ubi legato peculio, etiam incrementa ex rebus peculiaribus, ut partus ancillarum, fœtus pecorum legato continentur.

10 Postremò idem Scævola in *l. pen. in princ. ff. de leg.* 3. Ubi proponit à testatore legata fuisse lateralia viatoria, & quicquid in his conditum esset, quæ membranulis sua manu scriptis continebuntur, quæ non fuerint exacta, cùm morietur. Testator in urbem profecturus chirographa debitorum, & pecuniam in lateralibus condidit: sed pecuniam postea erogavit, & chirographa exegit, & reversus in patriam post biennium alia Chirographa, & pecuniam in lateralibus condidit. Quæsitum est, an ea uxori deberentur. Respondit non deberi, nisi quæ tempore mortis in his lateralibus essent, & membranis manu ejus scriptis continerentur. Sed quia in Pandectis Florentinis, aliisque codicibus manuscriptis legitur: *non deberi quæ mortis tempore in his lateralibus essent*: idcircò non potest in hâc lege firmum statui fundamentum.

11 Contraria sententia veritati propius accedit: Et primo probatur ex *l. cum stipulamur* 125. *ff. de V. O. Cùm stipulamur quicquid te dare facere oportet, nihil aliud in stipulationem deducitur, quàm quod præsenti die debetur: hoc enim solum hac stipulatio demonstrat.* Et in *l. si à colono* 89. *ff. eodem.* Ubi similis stipulatio proponitur, idemque deciditur, addita ratione his verbis: *non amplius in stipulationem deducitur, quam quod jam dari oportet*: si autem adjiciatur, *oportebitve*, etiam futura obligatio deducitur.

Secundò probatur ex *l. medico ult. in princ. ff. de aur. & arg. leg.* Ibi Scævola: *Medico suo contubernali, & communium expeditionum comiti inter cætera ita legaverat: argentum viatorium meum dari volo: Quæsitum est, cùm paterfam. in diversis temporibus reip. causâ abfuerat, quod viatorium argentum hoc legato comprehensum esse videtur? Respondit, quod habuisset argentum viatorium eo tempore, cùm testamentum faciebat, deberi.* 12

Tertiò ex *l.* 2. *ff. eod.* Ibi Africanus: *Qui tibi mandaverat, ut ornamenta in usum uxoris suæ emeres eidem uxori (uti adsolet), legavit, quæ ejus causâ parata erunt. Tu deinde post mortem mandatoris, ignorans eum decessisse, emisti. Non debebuntur mulieri, quoniam ea verba ad mortis tempus referuntur.* Ideò autem ad mortis tempus, referuntur ea verba, quia in futurum concepta erant: *quæ ejus causâ parata erunt.* Cæterùm si in futurum concepta non fuissent, tempus conditi testamenti spectandum esset, ut in superiori lege, & in *l. si ita esset* 7. *ff. de aur. & arg. leg.* ubi si quis legaverit, vestem meam, argentum meum: servos meos: legata videntur ea, quæ habuit testamenti tempore: quia præsens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset. 13

Quartò ex *l. testatorem* 68. §. *prædiis ult. ff. de leg.* 3. *prædiis ult. ff. de leg.* 3. *Prædiis cum his euthecis, quæ in ea possessione sunt, relictis, mancipia quoque prædiorum, cùm illic testamenti facti tempore fuerunt, cedent: sed & quæ posteà accesserunt, si modò hoc testator manifestè expressit.* Ex hâc, & superiori lege constat, futura non contineri, nisi hoc testator expresserit. 14

Quintò elegans exemplum proponitur à Scævola in *l. uxorem* 41. § *testamento ff. de leg.* 3. *Testamento pueros ita legaverat: Publio Mævio dominulo meo ab heredibus meis dari volo pueros quinque ex meis dumtaxat intra annos septem: Post annos complures, moritur; cujus ætatis Mævio mancipia debeantur: utrumne quæ testamenti facti tempore intra septem annos fuerunt: an quæ mortis tempore intra eam ætatem inveniantur? Respondit,* 15

eam

tàm videri ætatem designatam, quæ esset, cùm à testatore relinquerentur.

16 Sextò similè fere exemplum in venditione proponit Proculus in *l. Rutilia Polla 69. ff. de contr. empt. Rutilia Polla emit lacum Sabatenem angularium, & circa eum lacum pedes decem. Quæro, numquid & decem pedes, qui tunc accesserunt, sub aqua sint, quia lacus crevit, an proximi pedes decem ab aqua Rutiliæ Pollæ juris sint? Proculus respondit: Ego existimo eatenùs lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse, quatenùs tunc fuit, & circa eum decem pedes, qui tunc fuerunt: nec ob eam rem, quòd lacus postea crevit, latiùs eum possidere debet, quam emit.* Singularis est hæc Proculi decisio, eaque mihi præsto fuit, cùm in gravissima causa consulerer.

17 Septimò idem traditum est à Scævola in *l. nomen 34. §. 1. ff. de leg. 3.* Testator filio per præceptionem legavit nomina ex calendario viginti, quæ ipse elegerit. Eidem filio pater omnium rerum suarum administrationem permisit, qui post factum testamentum amplarum pecuniarum debitores fecit, ut tota ferè substantia calendarii viginti nominibus contineretur. Quæsitum fuit, an huic filio eorum nominum, quæ ipse fecit, præceptio permittenda sit. Respondit Scævola, ex his electionem habere, quæ testamenti tempore testator in calendario habuit. Sed, ut verum fatear, non satis probat hæc lex, quia legatarii dolus intervenerat, qui in calendarium retulerat amplissimas summas contra consuetudinem patris, ad hoc, ut propè omnis substantia calendarii viginti nominibus absorberetur, & hoc præcipuè considerandum in proposito legato, quia in eo testator adjecerat illa verba: *sine dolo malo.*

Octavò id probari potest ejusdem Scævo-
18 læ auctoritate in *l. ult. §. ult. ff. de liberat. leg.* Testator Sejo legavit, quicquid aut chirographis, aut rationibus debitor esset, vel quicquid à se mutuum accepit, vel fidem suam pro eo obligavit. Postea novatione factâ, & ampliatâ summâ quæsitum fuit, an hâc summâ ampliatâ liberandus sit ab heredibus, an tantùm eo, quod ex vetere contractu debebat? respondit Scævola, id dumtaxat legatum videri, quod tunc debuisset, si tamen mansit in ea voluntate testator, in qua tunc fuisset. Mens igitur testatoris legantis ea est, ut leget id, quod est de præsenti, nisi voluntatem postea mutet, idque declaret verbis, aut facto manifesto. Novationem enim factam de debito, quod in testamento remiserat testator, non judicat Scævola sufficiens argumentum mutatæ voluntatis, quod animadvertere debent judices, qui sæpè numero levibus conjecturis huc illuc impelluntur; nec solum novatum erat debitum, sed etiam erat ampliata summa.

Nonò huic opinioni consentaneum est, quod traditum est à Juliano in *l. in substitutione 31. ff. de vulg.* in qua testator filio ita 19
substituerat. *Quisquis mihi ex suprà scriptis heres erit, idem filio heres esto.* Quidam heres fuit à morte testatoris, postea per querelam inofficiosi heres esse desiit, antequàm locus fieret substitutioni, hoc est, adhuc vivo pupillo, cui erat substitutus. Respondit Julianus: *Futurum tamen eum heredem ex substitutione creditum est.* Quòd si testator ita substitueret: *Si Lucius filius meus impubes decesserit, neque mihi Cajus filius heres erit, tunc Sejus heres esto*: idem respondit; *ita prudentes hoc interpretati sunt, ut ad impuberis mortem conditio substitutionis esset referenda.* Ex his colligitur, quòd verba illa generalia: *quisquis mihi heres erit*: licèt in futurum concepta, tamen de præsenti sunt intelligenda, & ad tempus mortis testatoris sunt referenda: nisi substitutio sit particularis, & adjecta particula *tum*, aut *tunc*, quæ extremitatem temporis designat *l. 4. in fin. ff. de cond. & dem.*

Ultimò afferri potest Scævolæ responsum 20
in *l. pen. in princ. ff. de legat. 3.* quod & pro contraria sententia attulimus secundùm eos, qui legunt: *nisi quæ mortis tempore in his lateralibus essent.* Sed quia in Pandectis Florentinis & aliis manuscriptis, ut ibi indicavimus, legitur: *non deberi, quæ mortis tempore in his lateralibus essent*: juxta hanc lectionem optimè videtur probare, legato illo generali futura non comprehendi. Sed dubitati meri-

rò poteſt de hâc lectione. Primò, quia teſtator futurum tempus demonſtravit, & tempus mortis in mente habuit: ibi: *quicquid in his conditum erit, quæ membranulis meâ manu ſcriptis continebuntur, nec ea ſint exacta, cùm moriar*, &c. Præterea quia quæſtio proponitur, an ea etiam legata videantur, quæ condita erant tempore teſtamenti, an verò ea tantùm, quæ tempore mortis: hæc enim contineri pro certo ſupponebatur, de illis dubitabatur. Denique non videtur dubitari, quòd emptiones prædiorum, hoc eſt, earum inſtrumenta contineantur: ſed ſolùm in quæſtionem vocatur, an debeantur etiam ipſa prædia empta. Et ad hanc quæſtionem reſpondet Scævola, quòd non apparet, quid de prædiis ſenſerit teſtator; quòd ſi eâmente emptiones ibi habuit, ut prædia quoque præſtari vellet, ea quoque deberi. Si non dubitatur de inſtrumentis: ſi prædia quoque debentur conditis emptionibus eo animo, ut ad ſe trahant proprietatem prædiorum, de quibus teſtator nihil nominatim diſpoſuerat: multò magis debebuntur chirographa & pecunia, quæ à teſtatore fuerunt expreſſè legata.

Verumtamen, ut dicam, quod ſentio, neutra ſententia hoc reſponſo probatur. Non prima, etiamſi legas *niſi quæ &c.* quia futura legato comprehenduntur ex vi verborum futurum tempus ſignificantium, non autem ex vi generalis legati. Non ſecunda, quia etiam admiſſâ Pandectarum Florentinarum lectione, non quæritur in ea lege, an contineantur legato ea, quæ condita erant tempore facti teſtamenti. Imò Scævola declarat chirographa, & pecuniam poſt factum teſtamentum in lateralibus à teſtatore condita fuiſſe, cùm in urbem eſſet profecturus. Ac ne de his quidem quæſtio eſſe poterat, quia chirographa exegerat, & pecuniam erogaverat: legata autem erant ſolùm ea, quæ non fuiſſent exacta, cùm moreretur. Itaque illud tantummodò in quæſtione verſabatur, utrum legato comprehenderentur ea, quæ primò in lateralibus condita fuerant, an quæ ſecundo, & tempore mortis in lateralibus inventa fuerunt. Et de primis non reſpondit Scævola. Pro certo enim habet ea non deberi, ſed ſolùm de ſecundis.

Nihilominus tamen eò inclinat mea ſententia, futura generali ſermone non contineri. Quæ tamen cum diſtinctione eſt accipienda. Aut enim per verba præſentis temporis quis diſpoſuit: aut ſimpliciter & abſolutè: aut adhibuit verba futurum tempus ſignificantia: aut utriſque tum præſens, tum futurum tempus deſignantibus uſus eſt. 21

Si verbis præſentis temporis uſus eſt, procul dubio futura non comprehenduntur: ut optimè monet Scævola in *l. ſcribit* 34. §. *item ſcribit, ff. de aur. & arg. leg.* Si maritus uxori, cùm haberet quinque pondo auri, legaſſet ita: *aurum, quodcumque uxoris cauſa paratum eſſet, uti heres uxori daret*: etiamſi libra auri indè veniſſet, & mortis tempore amplius quàm quatuor libræ non deprehenderentur; in totas quinque libras heredem eſſe obligatum, quoniam articulus *eſt* præſentis temporis demonſtrationem in ſe continens. Id autem multò certiùs dicendum eſt, ſi verba præteriti temporis teſtator uſurpaverit, ut monet Scævola in *l. Aurelius* 28. §. *Titius* 2. *ff. de liberat. leg.* Ibi: *reſpondit, cùm in præteritum tempus verba collata proponerentur, non eſſe poſterius credendum legatum.* Idque etiam notatur in *l. creditor* 31. *in princ.* verſic. *idem repetiit ff. eod.* itemque traditur ab eodem Scævola in *l. uxori* 33. §. 1. *ff. de leg.* 3. Quantùm autem attinet ad verba præſentis temporis, ſuprà propoſita ſunt exempla in *l. cùm ſtipulamur* 125. *ff. de V. O.* in *l. teſtatorem* 67. §. *prædiis ff. de leg.* 3. in *l. ult.* §. *ult. ff. de liberat. leg.* 22

Quòd ſi ſimpliciter & abſolutè quis diſpoſuerit neque præſens, neque futurum tempus demonſtrans, tunc pariter præſentia, non autem futura diſpoſitione comprehendentur. Exempla attulimus ſuprà, cùm hanc ſententiam argumentis confirmavimus, depromptа ex *l. medico ult. in princ. ff de auro, & arg. leg.* in *l. ſi ita eſſet* 7. *ff eod. tit.* in *l. uxorem* 41. §. *teſtamento ff. de leg.* 3. in *l. Rutilia Polla* 69. *ff. de contr. empt.* in *l. ult* §. *ult. ff. de liber. leg.* in *l. in ſubſtitutione ff. de vulg.* quæ hic repetere operæ pretium non eſt. 23

Illud tamen animadvertendum eſt, quòd 24

licèt futura non contineantur, tamen debentur accessiones, quæ postea obvenerunt, ut usuræ, si legatum sit, quicquid debetur *l. ult. §. Cajo Sejo ff. de liberat. leg.* Sic etiam legato peculio debentur incrementa, quæ ex rebus peculiaribus obvenerunt, ut partus ancillarum, & fœtus pecorum *l. denique* 8. *§. ult. ff. de pecul. leg.* Imò etsi legatum sit particulare, ut si legetur nomen debitoris, non sola sors, sed etiam usuræ quæ postea accesserunt, legato continentur, quia tota obligatio legata videtur *l. nomen* 34. *in princ. ff. de legat.* 3. Hinc manifestum est, usuras, & reliqua accessoria legato contineri non propter generalem sermonem, sed propter propriam naturam accessionis, quæ causam principalem sequitur *l. cum principalis* 178. *ff. de R. J.*

25 Hujus regulæ alia quoque est exceptio in personis, quæ succedere debent. Cum enim successio non deferatur statim condito testamento, sed post mortem testatoris, sufficit eum, qui succedere debet, ejusmodi esse, cujusmodi eum voluit esse testator, quando ei deferetur successio: hoc enim tempus videtur spectasse, & in mente habuisse testator, & ad hoc tempus retulisse suam dispositionem. Qua posita exceptione plura argumenta contraria penitus enervantur: videlicet secundum, quintum, & octavum. Nam in secundo deprompto ex *l. 4. & 5. ff. de liber. & post.* agitur de posthumo herede instituto: sufficit autem eum quandocumque nasci, & ex quacumque uxore, ut ad eum successio deferatur ex institutione. In quinto deducto ex *l. si cognatis* 19. *in princ. ff. de reb. dub.* agitur de legato relicto cognatis, quod debetur non solum cognatis, qui cognati erant tempore facti testamenti, etiamsi cognati esse desierint; sed etiam iis, qui postea facti sunt cognati, & tales sunt tempore mortis. Neque enim testator solummodo respicit tempus mortis, sed etiam facti testamenti, quod & in posthumis dicendum, si posthumus jam natus fuerit ignorante testatore. Totum igitur tempus spectandum est, sed hac de re alias dicemus uberius. Simile est id, quod proponitur in octavo argumento decerpto ex *l. si ita legaverit* 9. *ff. de leg.* 3. Hic autem agitur de herede, à quo relictum est fideicommissum: cum in superiore agatur de eo, cui relictum est: sed eadem utrobique ratio.

Si autem is, qui disposuit, usus sit verbis futurum tempus demonstrantibus, utique & ad futura extendetur dispositio. Quo pertinent exempla ad probandam primam opinionem adducta, ut in *l. cum pater §. fidei tuæ ff. de leg.* 2. Nam ibi adjecta erant verba: *cum morieris, & quicquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit*: quæ non præsens, sed futurum tempus demonstrant. 26

Huc etiam referri potest *l. si servitus* 23. *ff. de servitut. urb. præd.* quam primo loco attulimus pro contraria sententia. Nam verba illa: *luminibus ne officiatur*: tractum temporis continent, & quidem infinitum. Quamobrem si nova lumina aperuerit, eaque vicinus obscuraverit, semper verum est, eum officisse luminibus, adeoque contra conventionem fecisse. Verumtamen quia potest respondere non offeci luminibus, quæ tunc erant, cum inita fuit stipulatio, idcirco ait Pomponius, ambiguam esse scripturam. Quia tamen duæ solent esse formulæ cavendi, ne luminibus officiatur; altera, quæ initio legis proponitur; *lumina quæ nunc sunt, ut ita sint*: quæ præsentia tantum lumina continet; cum hac priori formulâ particulari non sint usi contrahentes, sed alteram generalem elegerint, existimavit Pomponius, eos voluisse non solum de præsentibus, sed etiam de futuris luminibus cavere. Non absimile exemplum habemus in eo, qui stipulatur, quicquid te dare facere oportet. Hic etiam duæ sunt formulæ, altera, quæ ad præsens refertur: altera, quæ ad futurum. Si dixerit stipulator, *quicquid te dare facere oportet*: solum præsens debitum comprehendit, adeo ut nec debitum quidem in diem comprehendatur *l. si à colono* 89. *& l. cum stipulamur* 125. *ff. de V. O. l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. licet id, quod in diem debetur, verè etiam nunc debeatur, quia ex stipulatione in diem statim nascitur obligatio *§. omnis inst. tit. de V. O. l. cedere diem* 213. *ff. de V. S.* 27

Verumtamen cum non debeat cum effectu, quia ante diem nihil peti potest, dicitur eum debiturum, in *l. 1. §. 1. ff. de cond. & dem.* adeoque qui vult comprehendere etiam debitum futurum, uti debet alia formula, quæ in hac re prodita est à veteribus: *oportet oportebitve*: vel *præsens in diemve. l. si stipulatus fuerim 76. §. 1. ff. de V. O.* & si hac formula non utatur, sed altera, *oportet*, præsumitur eum noluisse futura comprehendere; neque enim verè dici potest, eum dare oportere, qui adstringi non potest ad solvendum. Sed ut ad propositum revertamur, sic concludo. Qui rejecta formula illa: *lumina uti nunc sunt, ita sint*, quæ præsentia lumina designat; alteram generalem eligit, *luminibus ne officiatur*, quæ potest etiam futura comprehendere, id fecisse creditur, ut etiam de futuris luminibus sibi caveret. Observandum tamen est, quod hæc interpretatio humanitatis causa recepta est, Ibi: *Humanius est verbo generali omne lumen significari.* Non ex eo respondit Pomponius cautum fuisse etiam de futuris luminibus, quod regula constitueret, in dispositione generali etiam futura comprehendi: sed id humanitate suggerente, cum verba non repugnarent, humanitatem, & æquitatem, non regulam juris, sequutus est Pomponius. Atque hoc Ulpiano familiare erat. Ipse enim in *l. 4. §. 1. ff. de in jus voc.* explicans edictum Prætoris, quo quis parentem sine ejus jussu in jus vocare prohibetur, quærit, an id de omnibus parentibus etiam ultra tritavum sit intelligendum: & refert sententiam veterum, qui existimabant, superiores ultra tritavum dici majores, non parentes. Ulpianus tamen sequitur Cassii sententiam, quod parentes in infinitum dicantur: quia ut ipse ait, *honestius est, & merito obtinuit.* Idem in *l. vel quod 6. vers. exheredatis ff. de relig. & sumpt. fun.* interpretans pariter edictum prætoris de mortuo inferendo ait; *Exheredatis autem humanitatis gratia tantum sepeliri, non etiam aliis præter suam posteritatem inferre licet.* Idem in *l. 1. §. qui operas ff. ad S. C. Tertyll. Qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locavit: quive rei capitalis damnatus, neque restitutus est, S.C. Orphitiano ad matris hereditatem non admittebatur: sed humana interpretatione placuit eum admitti.* Idem in *l. non tantum ff. de appell. Credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere.* Quod igitur humana interpretatione admittitur, regulis juris non est omnino consentaneum *l. si fundus 16. §. si plures ff. de pignor.*

Antequam alio progrediamur, respondendum est septimo argumento desumpto ex *l. si scripsisset 46. ff. de leg. 2.* Quod in diem debetur, jam debitum est, & ideo vere præsens est debitum, licet sit sine effectu, quia actio, quæ ex eo nascitur nondum habet vim exactionis, ut modo dicebamus. Itaque in stipulationibus, quæ momento perficiuntur, futura non continentur in illa formula; *quicquid te dare, facere oportet.* Nam verbum illud *oportet* necessitatem continet. Quamvis enim Quinctilianus *inst. orat. lib. 11. cap. 1.* contra sentiat: *non oporteret modo fieri, sed etiam necesse esset*: tamen cum verbum *oportere* ad obligationem refertur, eamdem necessitatem continet, quam ipsa obligatio, quæ ad solvendum necessitate adstringit *princ. tit. instit. de obligat. l. 3. in princ. ff. de oblig.* Quamobrem cum alia similis formula in usu esset: *oportet, oportebitve*, aut: *præsens in diemve l. si ita stipulatus fuerim 76. in fin. l. si à colono 89. l. cum stipulamur 125. ff. de V. O.* eaque non fuerit usus, sed altera uti maluerit, quæ præsens tempus demonstrat, creditur, eum noluisse comprehendere futurum debitum, ne illud quidem, quod in præsens nullam necessitatem solvendi continet, licèt nata sit obligatio. At verò in iis actibus, qui momento non perficiuntur, ut sunt judicia, stipulationes prætoriæ, & quæ sunt instar actionis, verbum *oportet* etiam futura complectitur, quæ à præsentibus originem, & causam habent. *l. si stipulatus 76. §. 1. ff. de V. O. l. 1. §. bellissime ff. ut legat. nom. cav.* Et ideo satisdatio legatorum etiam de præsenti legato locum habet quia nonnullas moras exercitio judicii habet *l. etiam ff. eodem.* Ea quoque, quæ in testamento relinquuntur tractum temporis.

28

habent usque ad mortem testatoris, quo tempore incipiunt vim habere & necessitatem solvendi continere; neque eo momento perficiuntur; quo testator testamentum condit, sicut perficitur stipulatio eo momento, quo celebratur. Quapropter & in legato non solum spectamus momentum conditi testamenti, sed etiam diem mortis, cum dies legati cedit, & incipit deberi legatum *l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. Differt judicium à stipulatione *l. si stipulatus fuerim* 76. §. 1. *ff. de V. O.* Differt etiam legatum à stipulatione, & in hoc convenit cum judicio. Ut enim judicium incipit à litis contestatione *l.* 1. *C. de lit. cont.* & judicio contrahitur obligatio *l.* 3. §. *idem scribit ff. de pecul.* fit enim per judicium novatio necessaria *l. aliam* 29. *ff. de novat.* Ita & legatum incipit deberi à die mortis. Quemadmodum enim si quis petierit, quicquid Lucium Titium dare oportet, in judicium veniet etiam debitum in diem, si dies extiterit ante litem contestatam: ita & in simili legato continetur debitum in diem, si dies extiterit ante mortem testatoris.

29 Postremo si is, qui disposuit, usus fuerit verbis utrumque tempus significantibus, tam præsens, quam futurum, certè tam præsentia, quam futura continebuntur. Ut puta si quis stipuletur *quicquid te facere oportet, oportebitve*: vel *in præsens, in diemve l. si stipulatus fuerim* 76. *l. si in colono* 89. *l. cum stipulamur* 125. *ff. de V. O.* Itaque Gallus Aquilius formulam Aquilianæ stipulationis ita exposuit: *quicquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebitve, præsens, in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve, &c.* Aut si quis legaverit: *quicquid mihi Lucium Titium dare facere oportet præsens in diemve l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. In testamentis tamen futurum tempus non protenditur ultra mortem testatoris *l.* 2. *& l.* 5. *ff. de aur. & arg. leg.* Comprehendit tamen etiam præsentia; hoc est, ea quæ erant tempore conditi testamenti, ut in *l. in substitutione* 31. *ff. de vulg. & pupill.* quia futurum aliquando comprehendit etiam præteritum: itaque licet propriè referatur ad tempus mortis, tamen & præteritum complectitur, nempe totum tempus à die mortis retro usque ad tempus conditi testamenti *l. verbum erit* 123. *ff. de V. S. l. si uxori* 39. §. *ult. ff. de aur. & arg. leg.*

Quod autem diximus in testamentis futurum tempus non protendi ultra mortem testatoris, eam habet exceptionem, si tempore conditi testamenti nondum causam, & originem nactus erat. Etenim si quis legaverit, quicquid Sejus dare facere oportet, *præsens in diemve* debebitur, & legato continebitur etiam debitum in diem, quamvis dies extiterit post mortem testatoris: quia jam tempore testamenti nata erat obligatio, itaque habet causam & originem à die testamenti *l. si scripsisset* 46. *in fin. ff. de leg.* 2. Sic grege legato, & quæ postea accedunt, legato continentur *l. grege legato* 21. *ff. de leg.* 1. quia grex erat in rerum natura etiam tempore conditi testamenti. Quemadmodum si servus legatus aliquid post mortem testatoris acquisiverit legato continebitur *l. si tibi homo* 86. §. *cum servus ff. de leg.* 1. Sed de his alias. 30

Nunc monendum est, quod aliquando etiamsi testator non fuerit usus verbo futuri temporis, tamen vis ipsa verborum ad futurum tempus protenditur: ut in *l. filiam* 16. *ff. de aur. & arg. leg.* Imo aliquando & tempus antecedens, ut in *l. Publius* 36. *in princ. ff. de cond. & dem.* 31

Superest, ut ad alia duo argumenta contrariæ sententiæ respondeamus, nempe ad tertium, & quartum. In tertio id habetur. Qui res suas pignori opponit, etiamsi non declaret, se tam præsentes quam futuras obligare, jus tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras producitur *l. ult. C. quæ res pignor.* 32

Respondetur, id propter communem usum ac morem fuisse à Justiniano rectè constitutum. Solebant enim in generali hypotheca debitores expressè obligare res, quas habebant, & quas postea forent acquisituri *l. & quæ nondum* 15. §. 1. *ff. de pignor. l. ult. C.*

Ppp iij

de remission. pignor. Ibi: *propter verbum futurarum rerum, quod in generalibus hypothecis poni solitum est.* Quæ autem sunt moris & consuetudinis, etiamsi cauta non fuerint, tamen pro cautis habentur *l. quod si nolit §. quia assidua ff. de ædil. edict. l. ult. C. de fidejussor. in princ.* ibi: *invenimus enim & in fidejussorum cautionibus plerumque ex pacto hujusmodi causa esse prospectum*, & in fine. Ibi: *Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, & in usu quotidiano semper hoc versari aspicimus, quare non ipsa legum auctoritate hoc permittatur.* Hæc eadem ratio adduxit Justinianum ad statuendum, generalem hypothecam etiam ad bona futura produci. Utraque enim lex est ejusdem Justiniani.

33 Ad quartum depromptum ex *l. si mancipia 19. in princ. ff. de fund. inst.* facile respondetur, quod mancipia, quæ postea testator in fundum induxit, non continentur legato mancipiorum, sed legato instrumenti. Testator legaverat fundum cum instrumento, & mancipiis, quæ tunc ibi essent. Mancipia, quæ post conditum testamentum in fundum ejus colendi gratia induxit, non possunt contineri legato mancipiorum, quia hoc comprehendit solum ea mancipia, quæ erant tempore facti testamenti, ut testator expresse declaravit *l. testatorem 67. §. ult. ff. de leg. 3. l. ult. §. pen. & ult. ff. de lib. leg.* Continentur autem legato instrumenti; quia, cum instrumentum sit genus plura complectens, habet diminutionem & incrementum etiam post conditum testamentum *l. Lucius Titius, penult. ff. eodem* sicut legatum peculii *l. denique 8. §. ult. ff. de pecul. leg.* legatum gregis *l. si grege legato 22. ff. de leg. 1.* Et hanc fuisse mentem JC. ipse explicat illis verbis: *Cæterum instrumento fundi mancipia quoque colendi agri causa inducta contineri, non ambigitur.* Quæstio autem à JC. in hac lege proposita, non ea erat, an continerentur legato mancipiorum etiam mancipia postea inducta, de hoc enim nulla poterat existere controversia, cum testator apertè declaraverit, se legare mancipia, quæ tunc essent in fundo. Erat igitur quæstio, an testator legando mancipia voluisset minuere legatum instrumenti, ita ut non comprehenderet omnia mancipia, quæ in fundo deprehenderentur tempore mortis, ut fert natura hujus legati d. *l. penult. ff. eodem.* sed solum ea, quæ ibi erant tempore testamenti. Et respondit Paulus, mancipia legato instrumenti adjecta fuisse non ejus minuendi, sed potius augendi causa, qua de re copiosè diximus alias ad *l. quæsitum 12. §. si quis fundum penult. ff. eodem.* Ubi Ulpianus eamdem regulam statuit. Illud tantummodo monendum, quod licet testator declaraverit, se relinquere, quæ mancipia tunc in fundo essent, cum legaret, tamen hæc restrictio non afficit legatum instrumenti, cujus pars sunt mancipia ad colendum agrum comparata. Nimirum quia, cum quidam dubitarent olim, an instrumentum contineret etiam mancipia secundum Alpheni opinionem, qui nihil animalis instrumenti esse opinabatur, mancipia exprimebant, ut clarius significarent voluntatem suam, & legatum augerent *l. quæsitum §. Alphenus ff. eod.* Itaque quod adjectum est ad augendum instrumenti legatum non debet nostra interpretatione ad ipsum minuendum produci, quod nulla juris ratio patitur *l. nulla juris 25. ff. de legib.*

CAPUT XXVI.

Ad L. Liberorum 220. ff. de verb. significat.

SUMMARIUM.

1 *Descendentium appellatione qui contineantur magna disceptatio.*
2 *Liberorum appellatione continentur tam masculi quam feminæ ab eodem Stipite descendentes.*
3 *Posterorum eadem fere significatio.*
4 *Vocatis descendentibus masculis, feminas ex masculis descendentes plerique putant succedere.*
5 *Eorum opinio falsa tam ad normam Latinitatis, quam ad normam juris & n. 6.*
7 *Descendentes virilis sexus malè à nostris confunduntur cum descendentibus ex virili sexu.*
8 *In usu juris distincti. Nonnulla de lege Voconia.*
9 *Expenditur l. Gallus 29. § nunc de lege 11. ff. de liber. & post.*

10 *Femina* feminini sexus personæ, & *masculi* masculini sexus personæ *à Justiniano vocantur & n.* 11. 13. 14.
11 *Item ab Ulpiano.*
15 *Respondetur contrariis.*

1 QUid sonet hæc vox *descendentium*, quive hac appellatione comprehendantur, magna est inter nostros, ac præsertim in foro disceptatio: Tota contentio in verbi controversia posita. Hanc ut potero breviter attingam. Primum autem operæ pretium est admonere, eos, quos hodie descendentes dicimus, veteres Jurisconsultos liberos appellasse. Descendentes enim nunquam ferè sine aliquo adjuncto nominabant, nisi cum eos ad parentes, & ascendentes referebant, quia hac voce tamquam participio, non tamquam nomine utebantur. Itaque dicebant: descendentes ex feminino sexu, ut in *l. cognoscere* 56. *in fin. ff. de V. S.* hoc est, ex parentibus feminini sexus: descendentes per virilem sexum *l.* 3. *in princ. ff. de injust. rupt.* descendentes ex virili sexu *l.* 1. *ff. de Carbon. ed.* descendentes ex familia *l.* 2. *C. quib. ad libert. procl.* Hodie contra numquam ferè liberi nominantur, sed ferè semper descendentes. Neque hoc sine exemplo. Nam & apud veteres linguæ latinæ auctores verbum adolescentis de participio transivit in nomen.

2 Liberorum igitur appellatione continentur omnes, qui ab eodem stipite descendunt in infinitum *l. liberorum* 220. *ff. de V. S.* tam masculi, quàm feminæ: tam ex masculis, quam ex feminis descendentes *l. cognoscere* 56. *§.* 1. *ff. eodem l.* 1. *juncta l. nam & his* 5. *ff. de inoff. testam. l.* 1. *C. de condit. insert. l. jubemus §. sin autem. juncto princ. legis.* Ibi: *sine liberis decesserit. C. ad S.C. Trebell.* Et hoc probat evidenter Ulpiani interpretatio edicti Prætoris in *l.* 1. *§.* 1. *ff. de legat. præst.* ubi explicans edictum prætoris, quo jubet eos, qui rescindunt patris judicium per bonorum possessionem contra tabulas, legata præstare liberis & parentibus; hæc verba ita interpretatur. *Generaliter autem parentes, & liberos prætor excepit: nec gradus liberorum, parentumve enumeravit: in infinitum igitur eis præstabitur. Sed nec personas prosequutus est, utrum ex virili sexu, an ex feminino descendant. Quisquis igitur ex liberis, parentibusve fuerit, ad legati petitionem admittetur, sed ita demum, si jura cognationis sint inter eos.* Deinde subdit etiam in adoptionem datos, imo & adoptivos, dummodo maneant liberi, edicto contineri. Posthumi etiàm liberorum appellatione continentur *l. is cui* 18. *ff. qu. de leg. ced. l. Sed etsi* 20. *ad S. C. Trebell.*

Eadem ferè est significatio *posterorum*, cum hæc vox comprehendat omnes, qui postea venturi sunt. Modestinus in *l. quod his verbis* 83. *§. ult. ff. de leg.* 3. *Posterorum appellatione liberos tantummodo, non etiam libertos eorum, quibus fideicommissum relictum est, fideicommisso contineri nequaquam incertum est.* Et legislator noster in *§. ult. inst. qui testam. tut. Plane si posteris dederit, tam filii posthumi, quam ceteri liberi continebuntur.* Hæc autem verba mutuatus est ab Ulpiano in *l. quod si* 6. *in fin. ff. de testam. tutel.* quæ perperam corrigenda esse quidam arbitrantur. Paulus autem hoc verbum aliter interpretari videtur in *l. ult. §. parentes* 7. *ff. de grad. & affin.* Ibi: *item liberi usque ad trinepotem; ultra hos posteriores vocantur.* Sed observandum, quod non posteros dicit, sed posteriores: hoc est, posteriores iis, qui proprium nomen habent, ut filii, nepotes, pronepotes, & cæteri, quo deficiente devenitur ad nomen generale, quod refertur ad anteriores nomen speciale habentes, & dicuntur posteriores. Illud etiam notandum, quod in usu juris posteros pro liberis accipimus, cum apud latinos auctores vox posterorum, omnes, qui post nos futuri sunt comprehendat, ut legenti exempla passim occurrent: unde nomen posteritatis omnes, qui postea futuri sunt comprehendit. Tacit. *in princ. histor. Ita neutris cura posteritatis inter infensos, vel obnoxios.* Quamobrem constat, quam barbara esset Caligulæ interpretatio, qui negabat jure civitatem Romanam usurpare eos, quorum majores sibi, posterisque eam impetrassent, nisi filii essent. Suet. *in Calig. c.* 38.

4 His probè constitutis, duæ quæstiones existunt subobscuræ atque difficiles: altera, an vocatis descendentibus virilis sexus, femina ex masculo comprehendatur: altera, an vocatis descendentibus masculis, succedant etiam masculi descendentes ex feminis. Quoad primam plerique existimant succedere etiam feminas ex masculis descendentes, quia genitivus sui natura causam efficientem significat; ideoque si dictum sit, Sempronius Petri de Asinellis, indicatur Sempronium esse filium Petri. Idque confirmant auctoritate Justiniani in *l. lege duodecim C. de legit. hered.*

5 Hanc opinionem falsissimam esse nullus dubito, sive eam ad normam latinitatis, sive ad normam juris exigamus. Falsum enim est, quod genitivus causam efficientem demonstret: & cum dicimus: Sempronius Petri, significamus Sempronium esse filium Petri, quia subauditur vox *filius*: hoc est, Sempronius filius Petri. Cæterum verissimum est, quod ait Laurentius Valla *elegant. lib. 2. c. 1.* qui ita distinguit. *Genitivus aut active sumitur, aut passivè, adde etiam possessivè, quod pene pro activè accipio. Active, ut providentia Dei, bonitas Dei. Passive, ut timor Dei, cultus Dei. Ibi Deus providet, & benigne agit: non ipsi providetur, & benigne fit: hic timetur, & colitur, non timet, & colit. Possessive, ut sedes Dei, regnum Dei.* Activè igitur & possessivè plerumque usurpantur. Itaque si dixero: canis Titii, equus Titii, quia non subauditur, *filius*, significat canem, & equum à Titio possessum. Sic etiam, cum dico frenum equi, collare canis, & similia, significo frenum, & collare, quod habet equus, & canis. Maximè vero cum persona ponitur in recto, res autem in genitivo. Plin. *lib. 25. cap. 5.* de helleboro *Vetant dari senibus, & pueris: item mollis ac feminei corporis, animique*, hoc est, iis, qui possident, & habent corpus femineum & molle, animumque. Tacit. *annal. lib. 6. cap. 31. proximus huic Abdus, adempta virilitatis: non despectum id apud barbaros, ultroque potentiam habet*: hoc est, cui erat adempta virilitas. Ovid. *Amor. lib. 1. eleg. 9. Ingenii est experientis amor.* habet scilicèt amor ingenium experiens. Plaut. in *Aulul. Tu trium litterarum homo.* Terent. in *Andr. quandoquidem tam iners, tam nulli consilii sum.* Cicer. in *epist. ad Lentulum lib. 1. ep. 7. in fin. Lentulum eximiæ spe, summæ virtutis adolescentem.* hoc est summa virtute præditum. Gell. *lib. 19. cap. 9. Adolescens è terra Asia equestri loco lata indolis, moribusque & fortunis bene ornatus.* Cic. *epist. lib. 2. ad Q. Fratrem ep. 10. in fin. Lucretii poemata, ut scribis, non ita sunt multis luminibus ingenii: multa tamen artis.* Sic dicimus hominem sanæ mentis; hominem emunctæ naris, hominem duræ cervicis, & his similia prope infinita, ut demonstremus hominem his qualitatibus præditum. Ergo & cum dicimus descendentes virilis sexus, eos intelligimus, qui præditi sunt virili sexu, qui sunt virilis sexus, uno verbo masculos.

Eadem prorsus est etiam in usu juris 6
horum verborum significatio. Pomponius in *l. 2. §. post hunc 47. ff. de orig. jur. post hunc maxima auctoritatis fuerunt Atteius Capito, qui Ofilium sequutus est, & Antistius Labeo, qui omnes audivit, institutus autem est à Trebatio*, scilicet maximam auctoritatem habuerunt. Legislator noster in *l. cum acutissimi C. de fideic. cum acutissimi ingenii vir; & merito inter alios excellens Papinianus*: hoc est, qui acutissimo ingenio præditus erat. Hi enim genitivi hoc modo positi eamdem vim habent, ac ablativi; perinde est dicas: vir magna auctoritate, an vir magnæ auctoritatis, ut notat optimè Laurent. Valla *lib. 3. cap. 17.* & ideo cum utriusque casus eadem sit vis, non raro in eadem periodo latini auctores utrumque usurpant. Plin. *lib. 7. cap. 2. Choromandarum gentem vocat Tauron sylvestrem sine voce, stridoris horrendi, hirtis corporibus, oculis glaucis, dentibus caninis.* Cicer. *in Sallust. Numquid quos protulit Scipiones, & Metellos, ante fuerunt aut opinionis aut gloriæ?* Hic separatim; sed genitivum, & ablativum conjunxit in *epist.*

ad Lentul. & in epist. *ad Q. Fratrem* & hos imitatus Gellius *lib.* 19. quorum verba supra retulimus.

7 I. Sed jam propius aggrediamur. In *l. cognoscere* 56. §. 1. *ff. de V. S. Liberorum appellatione continentur non tantum, qui sunt in potestate, sed etiam, qui sui juris sunt, sive virilis sive feminini sexus sunt, exve feminini sexus descendentes*: hoc est, ex parentibus feminini sexus descendentes. Evidenter hîc Callistratus distinguit liberos virilis aut feminini sexus, à descentibus ex parentibus feminini sexus, ut distinguat agnatos à cognatis. Liberi igitur virilis sexus, aut feminini sunt, qui masculi sunt aut feminæ. Qui autem descendunt à masculis, non dicuntur liberi, aut descendentes virilis sexus, sed descedentes ex virili sexu, ut in *l.* 1. §. *non tantum ff. de Carbon. edict. Non tantum masculi, sed & femina ex virili sexu descendentes Carboniani commodum habent*, & in *l.* 1. *ff. de legat. præst. utrum ex virili sexu, vel ex feminino descendant* & in *l.* 3. *in princ. ff. de injust. rupt. posthumi per virilem sexum descendentes*; sic etiam in *l.* 4. §. *cognationis ff. de grad. & affin. cognatio, quæ per feminam descendit: quæ per mares contingit.* Probè igitur, imo vehementer errant nostri, qui hæc omnia confundunt, quasi idem significent: descendentes virilis sexus: per virilem sexum: per lineam masculinam, à linea masculina, & similia, quæ ad originem referuntur, non ad personam vocatam. Sed reliqua persequamur.

8 II. Paulus *lib.* 4. *Recept. Sent. tit.* 8. §. 13. *Agnati autem sunt cognati virilis sexus per virilem descendentes.* Evidenter hîc quoque distinguuntur illi, qui sunt virilis sexus, ab illis, qui per virilem sexum descendunt. Ergo in usu juris dicuntur virilis sexus, masculi: per virilem autem sexum descendentes, qui descendunt à masculis. Requirit autem hîc Paulus non solum, ut descendant per masculos, sed etiam, ut sint masculi, quia feminæ ad hereditates legitimas ultra consanguineas non admittebantur. Id. Paulus §. 22. *Feminæ ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum*: hoc est, prudentum interpretatione, qui non putarunt feminas admittendas ad hereditatem legitimam, ea ratione, quia lege Voconia excludebantur etiam ab hereditate testamentaria, quod magis est. Prudentum enim responsa jus civile dicebantur *l.* 2. §. *his legibus* 5. *ff. de orig. jur.* Voconia lex lata à Q. Voconio Saxa, Tribuno Plebis, anno urbis DCCXIV. Suasit illam M. Cato jam senex, ut ipse de se testatur apud Ciceronem in Libro de Senectute circa princ. ejusque orationis non pauca verba refert, & explicat A. Gell. *lib.* 17. *cap.* 6. Quid hâc lege, seu plebiscito contineretur, indicat *Cic.* 1. *in Verrem*, qui de Voconio ait: *Sanxit in posterum: qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem, neve mulierem faceret.* Addit D. Augustinus *lib.* 3. *de Civit. Dei. Lata est etiam Lex Voconia, ne quis feminam heredem faceret, nec unicam filiam.* Idem confirmat Florus *epit. lib* 41. *Q. Volumnius Saxa legem tulit, ne quis mulierem heredem institueret: suasit legem M. Cato.* Legendum est *Q. Voconius.* De unica autem filia solus Augustinus testatur. Sed tamen de eo non est ambigendum. Solebant enim testatores ad eludendum legis præceptum heredem instituere amicum, eumque rogare, ut hereditatem filiæ restitueret: ut constat ex Cicerone *lib.* 2. *de finibus*, 17. *seq.* ubi narrat factum Fadii, & postea subdit. *Si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suæ filiæ, nec usquam id scripserit, ut scripsit Fadius, nec cuiquam dixerit: quid facies? tu quidem reddes: ipse Epicurus fortasse redderet.* Subjicit deinde exemplum Sexti Peducæi, qui reddidit uxori, quod vir ei reliquerat. Probat igitur Cicero restituendam esse hereditatem, etiamsi rogatus sit restituere in fraudem legis: nimirum præfert legi civili jus naturale, cum de moribus ibi agat, & tamquam Philosophus, non tamquam Jurisconsultus, loquatur. Ex his patet, deceptum fuisse Hotomannum, qui putavit lege Voconia mulieres non omnino exclusas fuisse ab hereditate, sed quadrantem tan-

tummodo capere potuisse. Imposuit illi, & plerisque aliis locus Dion. lib. 56. τῶν τε γυναικῶν τισι, καὶ παρὰ τὸν Ὀυοκώνιον νόμον, καθ' ὃ οὐδεμιᾷ αὐτῶν οὐδενὸς ὑπὲρ δύο ἥμισυ μυριάδας οὐσίας κληρονομεῖν ἐξῆν, συνεχώρησε τοῦτο ποιεῖν. hoc est: *quibusdam mulieribus concessit capere hereditatem contra legem Voconiam, quæ ipsas supra viginti quinque millia hereditatem capere non permittebat*. Viginti quinque millia sestertium interpretati sunt: hoc est, quadrantem centum millium, quam hereditatem capere lex prohibebat. Nam solummodo census prohibebatur mulierem instituere, ut constat ex verbis Ciceronis supra allatis: hoc est, ut explicat ibi Asconius, qui centum millia habebat in bonis. Dionis autem verba non de sestertiis, sed de drachmis sunt intelligenda, nam his Græci utebantur: at verò viginti quinque millia drachmarum conficiunt centum millia sestertium. Ait igitur Dion, quod secundum legem Voconiam mulieribus non licebat capere hereditatem ejus, qui supra centum millia sestertium haberet in bonis. Ita optimè verba Dionis interpretatur J. F. Gronovius *lib. 3. cap. 16. de pecun. vet.* Qui autem censi non erant, vel lege id permittente, vel æquitate vel consuetudine juris poterant filiam heredem instituere: hæc enim omnia recenset Cicero *1. in Verrem*, cujus verba referre supersedeo. Polibyus quoque *in excerpt. de virt. & vit.* refert, Scipionem Africanum hereditatem maternam concessisse sororibus, ex qua, ut ait, nihil ad ipsas, pertinebat. ἐδὲν, nihil. Falsa est igitur opinio eorum, qui putant aliquid eis relinquere permissum fuisse. Sed vide Cl. Perizonii dissertationem de lege Voconia. Hæc enim dixisse sufficiat ad illustranda Ulpiani, & Pauli verba.

9 III. In lege Velleia, cujus verba refert Scævola in *l. Gallus* 29. §. *Nunc de lege* 11. *ff. de liber. & post.* scriptum erat: *qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit &c.* puto verba sequentia legis hæc aut similia fuisse: instituat aut nominatim exheredet. *Is omneis virilis sexus*: feminas non comprehendit, quia etiam inter cæteros exheredari poterant, dum aliquid eis in testamento legaretur §. *posthumi* 1. *inst. de exhered. liber.* Ulpian. *in fragm. tit.* 22. §. 21. *Posthumus filius nominatim exheredandus est: filia posthuma, cæteræque posthumæ feminæ, vel nominatim, vel inter cæteros, dummodo inter cæteros exheredatis aliquid legetur*. Quamobrem verissimum est, quod notat doctissimus Cujac. in *l.* 3. *in princ. ff. de injust. rup.* verba illa: *per virilem sexum descendentes* à Triboniano adjecta ac mutata fuisse, quia eo tempore etiam feminæ nominatim exheredari debebant ex Justiani constitutione: cæterum Ulpianum scripsisse: *Posthumi virilis sexus ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentum agnascendo rumpant*. Etenim Ulpiani tempore falsum erat feminas testamentum rumpere, si nominatim exheredatæ non fuissent. Utroque igitur loco, tam in laudata *l.* 3. quàm in *l. Gallus* eodem modo scriptum erat *virilis sexus*: Hæc haudquaquàm animadvertentes veteres interpretes existimarunt in *l. Gallus*: verba illa: *is omnis virilis sexus* aut referenda esse ad testatorem, qui si masculus non sit, non cogitur liberos instituere, aut exheredare §. *ult. inst. tit. de exhered. liber.* ignorantes, quod *is omnis* minus latinè diceretur; & veteres scripsisse *omnis* syllaba producta, vel *omneis*, quod nos scribimus omnes; aut si referantur ad liberos, ea significare liberos descendentes per virilem sexum, non liberos masculos. Nec animadverterunt, utrovis modo accipiantur ea verba: *virilis sexus* fore omnino superflua; nam cum statim subjiciantur illa verba: *qui suus heres futurus erit*, aut ut alii legunt: *qui sui heredes futuri erunt*, his verbis utrumque continetur, & quod testator sit masculus, & quod liberi ab eo per masculos descendant: alioquin enim sui heredes esse non possent, cum feminæ suos heredes non habeant, quia in earum potestate non sunt §. *feminæ instit. tit. de adopt.* §. *cæteri* 3. *inst. tit. de hered. qual. & differ. l. illud notandum* 4. §. *ad testamenta ff. de bon. poss. contra tab.* & multo minus possunt esse sui heredes, qui descendunt à feminis, cum neque sint in potestate, nec ejusdem fami-

lia. *princ. tit. inst. de hered. qual. & differ. §. 1. & §. item vetustas inst. tit. de hered. quæ ab int.*

10 IV. Justinianus in *princ. tit. instit. de exhered. liberorum. Sed non ita de filiabus, & aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus.* Aliud igitur est descendere per virilem sexum: aliud esse virilis sexus. Illud continet etiam feminas: hoc tantummodo masculos, & ad comprehendendas etiam feminas necesse est dicere *utriusque sexus*: vel ut in §. 1. *ejusdem tit. sive feminini sexus, sive masculini.* Et deinceps: *sed feminini quidem sexus persona, vel nominatim, vel inter ceteros exheredari solebant: masculos vero posthumos placuit non aliter rectè exheredari, nisi nominatim exheredarentur.* Constat igitur, Justinianum semper feminas sexûs feminini personas dicere, & masculos sexûs masculini, & hæc pro Synonimis haberi. Rursus in §. 3. *Sed Prætor omnes tam masculini sexus, quàm feminini, si heredes non instituantur, exheredari jubet: virilis sexûs nominatim, feminini verò inter ceteros.* Non possunt hæc intelligi de descendentibus per virilem aut femininum sexum, quia hi possunt præteriri §. *ult. eod. tit.* & cum voluit indicare descendentes per virilem, aut femineum sexum Justinianus expressè ita eos descripsit: per virilem sexum descendentes, ut in §. *Sed hæc quidem vetustas*, & in §§. *superioribus*: numquam autem dixit liberos virilis sexus. Haud aliter in *Novell.* 118. *de hered. ab intest. venient. c.* 1. *Nulla introducenda differentia sive masculi, sive feminæ sint, & seu ex masculorum, seu ex feminarum prole descendant*: & in *c.* 2. *in fin. sive feminæ, sive masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur, & sive per masculos, sive per femina personam copulantur* & cap. 5. *quique ex masculorum, quique ex feminarum prole descendunt.*

11 V. Idem Justinianus in §. *caterum in fin. inst. tit. de legit. agnat. success. omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes, sive masculini generis, sive feminini sint.* Evidenter hîc distinguit masculos & feminas, seu personas masculini, aut feminini generis, à personis descedentibus per virilem sexum.

VI. Ulpianus in *l.* 2. §. 1. *ff. de suis & legit. hered. Agnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti.* Distinguit liberos ab eorum origine, & virilis sexus vocat masculos: nam id temporis feminæ non habebant agnationis jura præter sorores consanguineas, quæ solummodo jure agnationis ad legitimam hereditatem fratris admittebantur exclusis omnibus aliis feminis *d.* §. *ceterum.* & idem Ulpianus *tit.* 26. §. 6. *ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet: itaque soror fratri, sororive legitima heres fit*: & supra attigimus ad Paulum *recept. sentent. lib.* 4. *tit.* 8. §. 22. 12

VII. Hoc idem demonstrat evidenter Justiniani legislatoris constitutio in *l. in lege* 14. *C. de legit. hered.* in qua corrigit jus à prudentibus introductum de feminis à legitima hereditate præter consanguineas exclusis. Ibi *Sancimus omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes, sive masculini, sive feminini generis sint, simili modo ad jura legitima successionis ab intestato vocari*, & infra: *cum enim unius sanguinis jura remaneant per virilem sexum incorrupta, quare naturam offendimus & legitimo juri derogamus?* Scilicet admittendo masculos & feminas excludendo. Illud plane mirandum, auctores, & patronos contrariæ sententiæ magni nominis ac doctrinæ viros in hâc ipsa lege, quæ nobiscum facit, ponere fundamentum opionis suæ. Verumtamen hoc minus mirum, quod tam absurda sententia non nisi legibus contrariis, aut nihil ad rem pertinentibus fundanda est. 13

VIII. In *l. ult. C. de suis & legit. lib.* ait idem Justinianus. *Quoties aliquis, vel aliqua intestatus vel intestata, mortuus, vel mortua fuerit, nepotibus, vel pronepotibus cujuscumque sexus, vel deinceps aliis descendentibus relictis.* Verba *cujuscumque sexus* non referuntur ad eos, à quibus descendunt, quia in iis nominatim jam expresserat masculum, & feminam: sed ad solos nepotes & descentes. Quid autem refert dicat quis: *descendentes utriusque sexus*: an descendentes virilis aut feminei sexus? Rursus in *l. ult. C. de* 14

legit. hered. totam progeniem ex legitima sobole descendentem sive masculinam, sive femininam. Et Imperatores in *l. si defunctus* 9. *in princ. C. de suis, & legit. lib. si defunctus cujuscumque sexus aut numeri reliquerit filios & ex filia diem functa cujuscumque sexus aut numeri nepotes &c.*

15 Hæc sunt fundamenta meæ opinionis, quam, ni fallor, puto esse verissimam. Quid ad hæc adversarii? Nihil profecto. Ecquæ argumenta afferunt suæ sententiæ? Nempe text. in *l. Gallus §. nunc de lege ff. de lib. & posthum.* quem satis accuratè supra exposuimus in nostro III. fundamento, & pro nobis facere demonstravimus. Secundo loco afferunt Justiniani constitutionem in *l. lege* XII. *tabularum vers. hujusmodi itaque C. de legit. hered.* quæ adeo facit contra ipsos, ut nihil supra. Præterea quosdam in hanc sententiam adducit §. *item vetustas inst. tit. de hered. quæ ab intest.* Sed nihil ad rem facit: ibi non agitur de descendentibus virilis sexus, sed nominatim *: nepotes, neptesve, qui ex virili sexu descendunt*: item infra: *utrique tam qui ex masculis, quam qui ex feminis descendunt.* Denique moventur ex definitione agnatorum tradita ab Ulpiano in *l.* 2. §. 1. *ff. de suis & legit. hered junctlo §. caterum inst. tit. de legitim. agn. succ.* Sed hic ipse §. nodum solvit, & declarat, nihil obstare Ulpiani definitionem in laudata *l.* 2. ut probavimus in fundamento V. & VI. Sed ineptum esset, de re tam perspicua diutius disputare.

CAPUT XXVII.

Ad L. si viva matre. C. de Bon. matern.

SUMMARIUM.

1 *Vocatis descendentibus masculis non admitti descendentes masculos ex femina, olim receptum: hodie invaluit opinio contraria.*

2 *Negativa sententia argumenta proponuntur ac refelluntur ad n.* 7.

8 *Expenduntur affirmativa sententia argumenta, ac confutantur ad n.* 11.

11 *Examinatur fortissimum argumentum Anton. Fabr. & ei respondetur. Sola testatoris voluntate quastio dirimitur.*

Altera quæstio est de descendentibus masculis, tot Doctorum controversiis & contrariis opinionibus implicata, ut nihil certi statui possit. Itaque ad legum præcepta confugiendum esse videretur: Sed & in jure nostro nihil hac de re definitum aut certum habemus. Et olim quidem communis fere omnium erat opinio, vocatis descendentibus masculis non admitti descendentes masculos ex femina: hodie verò invaluit opinio contraria. Utra sit verior, deliberare, atque decernere difficillimum. Quamobrem hac de re in utramque partem disputabimus, & utriusque argumenta confutabimus, postmodum, quæ sententia tenenda sit, proponemus & explicabimus. 1

Qui veterem opinionem tuentur, eam potissimùm fundant in *l. si viva matre §. nam licet C. de bon matern.* ubi ait Imperator, quòd filius non debet esse melioris conditionis sua matre. Et hoc argumentum amplificant, & exornant, quia successor non debet esse melioris conditionis, quam ejus auctor à quo causam habuit *l. ex qua persona* 149. *& l. quod ipsis* 143. *ff. de reg. jur.* & causatum non debet esse potiùs sua causa: & subrogatum non potest habere plus juris, quàm id, in cujus locum subrogatur *l. si eum* 10. §. *qui injuriarum ff. si quis caution.* Addunt quod sublato medio, sublata videntur extrema: & alia his similia, quæ nullo negotio refelluntur.

Gloriatur Castrensis, huic argumento neminem umquam respondere potuisse. Ego contra nihil in eo momenti esse arbitror. Falsa enim sunt omnia, quæ assumuntur: ac propterea assumptione negatâ nulla ejus est conclusio. Singula expendamus. Non debet esse melioris conditionis filius matre sua *l. si viva matre. C. de bon. mat.* Falsum. In laudata lege non hoc habetur generaliter, sed restringitur ad eum casum, quem decidit Imperator in ea lege: Ibi: *non abs re est, ut in hoc casu deteriores esse nepotibus filii non sinantur.* In hoc casu: in quo par erat conditio filiorum & nepotum. Generaliter igitur id falsum: maxime verò in casu 2

nostro, in quo non est par conditio matris, ac nepotis. Mater enim est femina, nepos est masculus. Vocatur autem ad successionem nepos, non tamquam nepos, nam etsi pronepos, aut abnepos esset nihilominùs vocaretur: sed tamquam masculus. Habet igitur qualitatem requisitam à testatore, quam non habet mater ejus; ac propterea non abs re est, ut sit melioris conditionis nepos, quàm filia. Perpetuò id observatur in successionibus. Lex Voconia, ut in superiore diximus, feminas institui prohibebat. Finge testatorem habuisse filiam, & ex ea nepotem. Si filiam instituebat, nulla erat institutio: Si nepotem, valebat. Filia capere non poterat hereditatem: nepos poterat: erat ergo melioris conditionis nepos, quàm filia. Quid ita? quia nepos erat masculus, filia autem femina: ille habebat qualitatem à lege præscriptam: hæc non item. Imò, quod magis est, idem observatur etiam in successione ab intestato, quæ saltuatim non progreditur. Pater emancipat filium, & nepotem ex eo retinet in potestate: filius jure civili non succedebat, sed nepos. Quamobrem? quia jus agnationis, & sui heredis amisit capitis diminutione *§. ult. inst. tit. de legit. agnat. tut. l. tutelas 7. ff. de cap. min.* Nepos retinet jura agnationis, & sui heredis: ac propterea habet qualitatem à lege præscriptam, quâ caret ejus pater. Et quamquam Prætor postmodùm cœperit emancipatos ad successionem vocare in ordine suorum heredum *§. emancipati instit. tit. de hered. quæ ab intest. l. liberi 4. ff. si tab. testam. null. l. sed cum 6. §. 1. ff. de bon. possess. l. ult. §. 1. C. de legit. hered.* tamen in eo sunt deterioris conditionis quòd hereditatem non acquirunt, nisi petant bonorum possessionem, suis autem acquiritur hereditas etiam ignorantibus *§. sui autem 3. instit. eod. l. in suis 14. ff. de suis & legit. hered. l. si fratris 3. C. de jur. delib.* Quid in adoptivis? de quibus in *§. at hi 10. instit. tit. de hered. quæ ab int.* Quid si filius fuerit exheredatus, & extraneus heres institutus? quâ de re in *§. cùm autem 7. cum seq. instit. eod.* Plura non persequor: ad successionem testamentariam revertor. Annon si exclusâ feminâ testator nominatim ejus filium instituisset, ipse solus exclusâ matre here esset? Id certè dubitationem non habet. Esset igitur mater deterioris conditionis, quàm filius. Quid ita? quia ita voluit testator, cujus voluntas pro lege habetur. ***Novell. de Nupt. 22. cap. 2.*** *Disponat testator & erit lex.* Itaque in his successionibus testamentariis quid voluerit, quid diposuerit testator, est inquirendum, non confugiendum ad inanes regulas, quæ his accommodari non possunt.

At enim mater tamquàm proximior magis est à testatore dilecta, quàm ejus filius, qui remotior est *l. omnia 32. in fin. ff. de leg. 2.* 3
Sed mater est exclusa; ergo multò magis ejus filius. Falsum, quòd mater fuerit à testatore dilecta præ ejus filio. Si enim à testatore fuit exclusa à successione, non solùm non fuit magis ab eo dilecta, sed nequidem ullo modo dilecta, quia caret qualitate ac prærogativâ, quam unicè dilexit atque exoptavit testator, qui voluit hereditatem suam semper ad masculos pervenire, vel quia sexum masculinum diligebat præ feminino, vel quia masculi facultatibus indigent ad sustinenda onera rei domesticæ, ad amplificandum decorem ac dignitatem familiæ, ad publica munera obeunda, promovendas artes, mercaturam exercendam, exornandam patriam: mulieres autem plerùmque in luxum effusæ, ad mollem ac luxuriosum corporis cultum, ornatumque; ad domum magnificè ac sumptuosè instruendam, opes prodigere solent, atque profundere. Ideò testator omnem affectionem conclusit in masculis, ac propterea ineptum est dicere, eum plus dilexisse matrem, quàm ejus filium, & ipsa lex, quæ allegatur, contrarium probat. Ibi: *& qui ex his primo gradu procreati sunt, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit*: specialiter hìc voluntatem suam extendit ad masculos. Quid refert igitur, quòd mater primo gradu sit? Hoc amplius, qui hoc argumento nituntur, profectò pugnantia dicere coguntur. Fingamus enim, concurrere masculum ex femina, qui sit in tertio aut quarto gradu, & alium descendentem à mas-

culis, qui sit in sexto. Quis ex his succedere debet? non descendens à femina, ut ipsi aïunt, sed descendens à masculis. Atquì hic est in sexto, ille verò in quarto gradu: ille igitur est minùs dilectus, quàm hic: ac propterea, si excluditur hic magis dilectus, multò magis excludendus est ille minùs dilectus. Nemo igitur succedet, aut remotior proximiori præferendus. Vide sis, in quas angustias se conjiciunt, à quibus dum se volunt expedire, ipsi se impediunt, suâque argumentatione implicantur.

4 Nullius pariter momenti sunt alia, quæ copiosè congeruntur: quòd causatum non debet esse potius suâ causâ: nec successor suo auctore, nec plus esse in subrogato, quàm sit in eo, cui subrogatur. Etenim falsa sunt omnia, quæ in his assumuntur. Falsum est, quòd filius sit subrogatus in locum matris, cui non est substitutus, cùm ipsa nullum umquam jus habuerit in hâc successione, à qua omninò fuit exclusa. Falsum pariter, quòd ipsa sit auctor successionis, & filius sit ejus successor. Etenim ad ipsam nihil attinet hæc successio, nec per eam pervenit ad filium, qui ipsam directè obtinet à testatore tamquam descendens masculus ab eo vocatus semotâ feminâ ipsum præcedente, quare nec ipsam repræsentat, nec opus habet ullâ repræsentatione. Quid enim tribuere ipsi potest repræsentatio ejus personæ, quæ exclusa est ab hereditate? nihil profectò. Repræsentatio à jure admittitur, ut ipse habeat eam partem hereditatis, quam habiturus esset is, quem repræsentat, si viveret §. *cùm filius inst. tit. de hered. quæ ab intest. & in* §. *pen. l.* 1. §. *si filius* 4. *ff. de suis & legit. hered. l.* 2. *&* 3. *C. de suis & legit. liber.* Non datur igitur repræsentatio, nisi mortuo ac deficiente eo, qui repræsentatur; nec potest repræsentari, qui nullum jus habet, aut habiturus esset in successione, si viveret. Denique falsum est, quòd mater sit causa, filius causatum, seu effectus. Mater enim est causa filii, quod attinet ad generationem: non quod attinet ad successionem. Quantùm ad successionem, causa est ipse testator, seu ejus institutio, quâ ille vocatur ad hereditatem, quia masculus: eaque ipsum efficit successorem. Quid si negavero effectum, seu, ut ipsi aïunt, causatum suâ causâ potiorem esse non posse. An non plantæ potiores sunt suo semine, à quo producuntur? sanè caudicem, ramos habent, emittunt flores, folia, poma, eaque ad maturitatem perducunt; nihil horum in semine, & si quid est in eo, illud solummodò est inchoatum, implicitum, involutum, nec oculis pervium, nec ad usum vitæ, aliamve rem utile. Numquid animalia potiora non sunt semine, unde progenita fuerunt? Sed hæc in rebus naturalibus. Quid in legibus, ac in jure nostro? Numquid obligatio non est potior stipulatione? Illa consistit in verbis, scilicet interrogatione, & responsione congruâ *princ. tit. instit. de V. O. & l.* 1. *ff. eod.* hæc in vinculo juris, quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum aut faciendum *l. obligationum substantia ff. de oblig. & act.* Quid? an non obligatio est mater actionis? *l. licet* 42. §. *ea obligatio ff. de procurat.* obligatio autem sine actione inutilis est ac propè nulla: cùm actio sit, quæ persequitur id, quod nobis debetur, & sine ea nihil omninò consequi possimus *princ. tit. instit. de actionibus.* Quid, oro, potentius est? quid potius est, dominium, an possessio? & tamen possessio est causa dominii; nam dominium à naturali possessione cœpit, & exortum est *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. vel am. possess.* & sine ea non acquiritur *l. cùm res* 12. *C. de probat. l. qui prædium* 13. *C. de distr. pign.* Plura non persequor: id enim & longum esset, & supervacuum.

Probant præterea sententiam suam, quòd successiones non fiunt per saltum, sed ordine successivo *l.* 1. § *quibus, cum seq. ff. de successor. edict. l. octavi ff. unde cogn.* §. *placebat inst. tit. de legit. agnat. succes.* 5

Omittamus, quòd in his legibus nihil tale præcipitur: omittamus etiam, quòd nihil quicquam ad rem pertinent, quia in illis agitur de proximiore deficiente, non de proximiore excluso. Et quod de successorio edicto in iis tractatur, potiùs contrarium probat, nam in eo genere percipiendarum hereditatum non erat successio *d.* §. *placebat* & aliis

allegatis. Sed hæc omnia silentio prætermittimus, ut liberaliter cum ipsis agamus, non morosè, ac fastidiosè. Plurimùm hâc in re, ut in omnibus differt successio ex testamento à successione ab intestato. Hæc à lege datur, quæ certum ordinem succedendi præscripsit, quem prætergredi non licet: ac solet in eodem ordine proximiores remotioribus anteferre. Quamquam ne hoc quidem constans est, atque perpetuum. Nam & liberi utcumque remotissimi excludunt proximos agnatos: & agnati utcumque remotissimi proximos cognatos. Et in eodem etiam ordine non attenditur proximitas, ubi datur jus repræsentationis, & ubi ille, qui juxta ordinem à lege definitum proximus est, non habet qualitatem ab eadem lege requisitam, ut ad superius argumentum exemplis demonstravimus. Successio autem ex testamento pendet omninò ab arbitrio, & voluntate testatoris, cui latissimam potestatem tribuit ipsa lex duodecim tabularum: *uti legassit sua rei, ita jus esto. l. verbis legis* 120. *ff. de verb. sign.* & hanc amplissimam facultatem confirmavit Imperator noster *in Novell.* 22. *de Nuptiis. Disponat testator & erit lex.* Itaque in dispositionibus testamentariis voluntas testatoris dominatur, eaque sola est attendenda, atque servanda, quomodocumque disposuerit *l. quoties* 9. *in princ. l. ex facto* 35. §. *rerum ff. de hered. instit. l.* 4. *in fin. de vulg. & pupill. l. si mihi* 12. *in fin. ff. de legat.* 1. *l. non aliter* 69. *in princ. ff. de legat.* 3. *l. pediculis* 32. §. *Labeo ff. de aur. & arg. leg. l. in conditionibus* 19. *ff. de cond. & dem. l. quoniam* 15. *C. de testam.* Hæc unica regula est, ad quam omnis interpretatio dirigenda est: aliæ omnes pravæ sunt atque distortæ. Illud planè insulsum, quod addunt: medium
6 inhabile impedimento esse, ne extrema jungantur. *l. servitutes prædiorum* 14. *in fin. ff. de servit. l. qui sella* 7. §. *ult. & l. tria prædia* 31. *ff. de servit. rust. prædior.* Nam quid attinet servitus prædiorum ad successionem? profectò, interjacente loco publico, vel sacro, vel religioso servitus itineris, vel aquæ ductus imponi non potest, cùm servitus per ea loca nulli deberi possit: quæ ratio redditur à Paulo in laudata *l. servitutes in fine.* Idemque pariter eveniet interjecto alieno fundo, si ejus dominus non consentiat. Servitus enim aquæ imponi aliter non potest, quàm ut per medium fundum ducatur, ut ait Javolenus in laudata *l. tria prædia versic. & quemadmodum*: non potest autem per medium fundum duci invito ejus domino. Rectè Paulus in laudata *l. qui sella in fin. In rusticis autem prædiis impedit servitutem medium prædium, quod non servit.* quia nemo per fundum alienum, qui non servit, ire, agere, aquam ducere potest, & similia. Pulverem igitur oculis offundunt, qui hæc magno verborum apparatu exaggerant.

Probant præterea sententiam suam exemplo feudorum, ducto argumento à feudis ad fideicommissa *ex* §. *hoc autem. tit. de his, qui feudum dar. poss.* 7

Sed in promptu est responsio. Feuda ex legibus feudorum, & ex ipsâ eorum naturâ moderamur: fideicommissa ex arbitrio, & voluntate testatorum, ut mòdo diximus de successione ab intestato. Præterquàm quòd ex laudato §. contrarium probari potest perpendendo ejus verba: *hoc autem notandum est, quòd licèt filiæ, ut masculi, patribus succedant, legibus tamen à successione feudi removentur, similiter & earum filii: nisi specialiter dictum fuerit, ut ad eas pertineat.* Primùm igitur constat, filias, & earum filios à successione feudi legibus removeri: ut diximus. Præterea eos, easque ad feudum admitti, si hoc specialiter dictum fuerit: sed in proposita controversia ponimus masculos descendentes specialiter à testatore vocatos fuisse: ergo ad successionem debent admitti. Quod confirmatur ex *tit.* 17. *de eo, qui sibi vel hered. suis Libr.* 2. Ibi: *non enim patet locus feminæ in feudi successione, donec masculus superest ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit investitus.*

Jam verò ad examinandam contrariam sententiam aggrediamur. Conantur eam probare auctoritate Imperatoris in *auth. de hered. ab intest. venient. cap.* 1. Ibi: *si quis descendentium fuerit ei qui intestato moritur cujuslibet naturæ, sive ex masculorum genere, sive* 8

ex feminarum descendens. Ex quibus verbis deducunt, quod nihil intersit quoad successionem, utrum à masculis, an à feminis quis descendat.

Sed anceps est hujusmodi argumentum, & non minori probabilitate ad confirmandam contrariam sententiam adduci potest. Observandum enim est, quod in ea Novella Justinianus, postquam masculos nominavit, semper subjicit: sive *ex masculis, sive ex feminis descendant.* Ibidem in *cap.* 1. *in fin. nulla introducenda differentia sive masculi, sive feminæ sint, & seu ex masculorum, seu ex feminarum prole descendant.* Rursus in *cap.* 2. *masculos & feminas sive paterni, sive materni sint.* & in *cap.* 3. *circa fin. thiis defuncti masculis & feminis, sive à patre, sive à matre.* Rursus in *cap.* 4. *masculos, ac feminas sivè per masculi, sivè per feminæ personam defuncto jungebantur.* Quorsum isthæc? quia descendentium masculorum appellatione non comprehenduntur masculi ex feminis; vel saltem id est adeo ambiguum, ut necesse sit exprimere nominatim descendentes ex feminis. Et multo firmius fit argumentum, si animadvertamus: & quod illa toties repetita, & numquam prætermissa declaratio: *sive ex feminis descendant* certò demonstrat necessitatem id perspicuè exprimendi: & cum ibi semper vocatæ sint etiam feminæ, multò minus videtur urgere necessitas vocandi nominatim descendentes à feminis: nam si feminæ admittuntur, dubitatio nulla est, quin à feminis quoquè descendentes masculi, sint admittendi. Et sanè si in ea novellâ constitutione non ageretur de obliteranda veteri differentia inter agnatos, & cognatos: & hic non esset usus Justiniani, multis verbis, iisque identidem repetitis exprimere, & declarare, quod paucissimis poterat significari; firmissimum pro contraria sententia argumentum hoc esse existimarem. Maximè verò quia observo eamdem repetitionem, etiam in feminis expressisse Justinianum. Ibi: *masculos ac feminas: seu masculos, seu feminas, &c.* Non mirum igitur, si idem semper expressit etiam in descendentibus.

9 Nihilo firmius est argumentum, quod ducunt ex *l. cognoscere* 56. §. *liberorum ff. de V. S.* Ibi: *Liberorum appellatione continentur non tantum, qui sunt in potestate, sed omnes, qui sui juris sunt, sive virilis, sive feminini sexûs sint, exve feminini sexûs descendentes.*

Similè admodum argumentum: nam & hoc in adversam partem torqueri potest. Cur enim expressit descendentes feminini sexûs, non masculini? nempè quia simpliciter nominando descendentes, hi non comprehenduntur, sed solùm ex masculino sexu descendentes. Itaque hos necesse non est exprimere, illos utique. Debet igitur eos exprimere etiam testator, si vult eos ad successionem admitti. Non sine causa igitur id expressit Ulpianus: nam Callistratus in *l. liberorum* 220. *ff. eod.* dubium reliquit, an descendentes ex feminis liberorum appellatione contineantur: imò non videtur eos comprehendisse. Ait enim: *liberorum appellatione nepotes, & pronepotes, & qui ex his descendunt, continentur: hos enim omnes suorum appellatione lex duodecim tabularum comprehendit.* Sed suorum appellatione non continentur descendentes ex feminis, quia non sunt in potestate §. 3. *inst. tit. de hered. qualit. & differ.* §. *sui inst. de hered. qu. ab intest. l.* 1. §. *suos heredes ff. de suis & legitimis hered.* ergo nec appellatione liberorum. Ad tollendam igitur hanc dubitationem merito Ulpianus inter liberos enumeravit etiam descendentes ex femineo sexu. Quod si ambigua est appellatio liberorum; & in dubitationem adduci potest, an eâ comprehendantur descendentes ex feminis, quanto majorem habebit dubitationem vocatio liberorum masculorum, ut infra dicemus.

Præterea ducunt argumentum à feudis ex *tit. de eo, qui sibi vel hered.* sed omissis etiam, quæ supra ad hoc genus probationis respondemus: nihil momenti est in hoc argumento. Etenim ibi investituram feudatarius acceperat sibi, vel heredibus suis masculis, vel his deficientibus, feminis. Itaque vocati erant tam masculi, quàm feminæ, & hi omnes in duas classes, seu ordines distributi atque distincti, quorum primus erat ordo masculorum, secundus feminarum. 10

Quis

Quis autem potest esse tam stultus, qui dubitet, an masculus ex femina sit referendus in ordinem masculorum, an verò feminarum. Neque enim desinit esse masculus propterea quòd à femina progenitus fuerit. Quocirca hic masculus excludendus erit à successione, si non succedat in ordine masculorum: nam quod in ordine feminarum succedere non debeat, nulla est dubitatio aut controversia. Absurdum autem est dicere, eum esse à successione feudi excludendum, cum in investitura omnes masculi contineantur, & feminis anteponantur. In casu autem nostro, in quo feminæ sunt exclusæ, jure ac merito dubitatur, an earum etiam filii censeantur exclusi.

11 Progrediamur jam ad examinandum argumentum, quo movetur doctissimus Antonius Faber *de error. pragm. lib. 2. decad. 28. error. 8.* quod est omnium firmissimum, & ad persuadendum aptissimum. Masculus descendens à femina, est descendens, & est masculus: atqui vocati sunt descendentes masculi; ergo & hic vocatus est. Nam cui conveniunt verba dispositionis, convenit & ipsa dispositio. Plane non potest negari quod contineatur appellatione descendentium masculorum, qui est simul & descendens & masculus. Nec ei obesse debet, quod à successione fuerit ejus mater exclusa: quia fuit exclusa quod esset femina, hic ergo debet includi, quod sit masculus. Quæ ratio est in matre, ejus excludendæ, in filio est ejus includendi. Testator dilexit masculos, non feminas. Hos, quia dilexit, vocavit: illas, quia non dilexit, exclusit. Igitur non dilexit matrem, ideoque eam exclusit: dilexit nepotem, ideoque illum vocavit.

Enimvero huic argumento responderi non potest, nisi confugiamus ad voluntatem testatoris, quæ omnino spectanda est; & totum facit in hoc genere dispositionis. Disertè ad rem Ulpianus in *l. ex facto §. rerum ff. de hered. instit. Rerum Italicarum, vel provincialium significatione, quæ accipienda sint, videndum est. Et facit quidem totum voluntas defuncti: nam, quid senserit, spectandum est.* Ergo & in casu nostro spectandum est, quid senserit testator, & quinam masculi sint accipiendi significatione generali masculorum. Valde enim, nec sine causa est ambigendum, an, cum masculos præ feminis dilexerit, qualitatem masculini sexûs præoptaverit non solum quoad progressionem, sed etiam quoad originem, adeo ut desideravit hanc qualitatem non solum in generato, sed etiam in generante. Cum enim vocaverit ad successionem descendentes serie, & continuatione numquam interruptâ; videtur etiam masculos vocasse eadem serie, & continuatione non interruptâ; nullâque inter eos feminâ intermixtâ. Hanc enim qualitatem masculini sexûs adjunxit, & quodammodo insevit cunctis descendentibus, ita ut ab ipsis separari, ac sejungi non queat. Quamobrem sicut ad successionem adspirare non potest, nisi qui est descendens, & provenit à descendente testatoris, ita ad eam adspirare non potest, nisi qui est masculus, & à masculo progenitus. Sicut enim testator voluit fideicommissum progredi continuatè de descendente in descendentem nullâ alia interjectâ personâ; ita voluit progredi continuatè de masculo in masculum nulla personâ feminei sexus interjectâ. Etenim quando semper progrediendum est ad masculos, progressus hic procedere debet de masculo in masculum, nullâ interjectâ feminâ, per quam ordo ac series continuata masculorum interrumperetur. Neque hoc est sine exemplo in jure nostro. Ulpianus in *l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. hered. Agnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti.* Satis expressisse se putavit, agnatos esse masculos conjunctos inter se per masculos, verbis illis *virilis sexûs*, quia cum eo tempore feminæ ratione Voconiana, ut supra exposuimus, excluderentur à successione, satis erat qualitatem masculini sexus exprimere ad demonstrandum masculos ex masculis, quia feminæ nullum jus habebant in successione, adeoque non debebant se masculis intermiscere. Justinianus autem *in §. 1. de legit. agnat. tut.* & in *§. 1. de legit. agn. succes.* cum id temporis feminæ non arcerentur à successione, definivit agnatos esse cognatos per

virilis sexus personas cognatione conjunctos. Necessarium existimavit exprimere conjunctionem per masculos, ne intermisceretur aliqua femina. Ita quoque Callistratus in *l. liberorum* 220. *ff. de V. S.* describit liberos, quasi non contineantur eorum appellatione descendentes ex feminis, cum tamen certum sit, eos quoque contineri *l. cognoscere* §. 1. *ff. eodem.* quia scilicet refert definitionem ad successionem XII. tab. Ibi: *hos enim omnes suorum appellatione lex duodecim tabularum comprehendit*: lex autem duodecim tabularum excludebat descendentes à feminis, cum neque sui essent, neque agnati.

His omnibus, quæ diximus, rectè consideratis apparet, utramque sententiam lubricam esse ac periculosam: eamque solam esse approbandam, quæ testatoris voluntate fulciatur.

CAPUT XXVIII.

De eâd. quæstione.

SUMMARIUM.

1 *Ea opinio recipienda, quam conjectura & veritatis similitudo confirmaverit.*

2 *Affirmativam pro regula statuentes falso putarunt tantum valere Fulgosii auctoritatem, quantum legis præscriptum.*

3 *Verbum generale tam propriè refertur ad genus infimum, quàm ad summum.*

4 *Et magis propriè interpretatur verbum* masculos, *qui illud accommodat masculis ex masculo. Et ad hanc interpretationem qualibet conjectura sufficiunt.*

5 *Exempla amplissimi nominis* liberorum *à veteribus restricti.*

6 *Item verbi* filiorum, *modò ampliati, modò restricti.*

7 *Et nominis* familiæ.

8 *Si testator vocet masculos vel quia feminæ sunt finis familiæ, vel quia sexum masculinum dilexit præ feminino, validissima conjectura est ad excludendos masculos ex feminis.*

9 *Nomine generis usurpato plerumque ea sola species significatur, quæ inter alias aliqua ratione præcellit.*

10 *Unusquisque habet affectionem erga familiam propriam vel heredis instituti*

11 *Publica & privata utilitas exigit, ut masculi ex masculis præferantur masculis ex feminis.*

12 *Prudentissimi populi à feminis progenitos à successione excluserunt.*

CONtroversia, de qua in utramque par- 1
tem in superiore disputavimus, adeò
est in proclivi, ut quamcumque sententiam
apprehenderis, facillime possit elabi. Quo
efficitur, ut paulo momento in hanc, vel
illam partem impelli debeamus: & in eam
opinionem propendere, quam conjectura
voluntatis testatoris quomodocumque nobis
indicaverit. Quamobrem à veritate longissime arbitror aberrare eos, qui secundam sententiam adeo mordicus tenent, ut statuant contrariam sequendam non esse, nisi urgeamur vehementissimis conjecturis, quæ in alium sensum detorqueri non possint. Ego contra sentio, prudentem Judicem in eam opinionem venire debere, quam leves etiam conjecturæ, & veritatis similitudo confirmaverit. Nam quæ sunt in lubrico, quolibet impulsu incitata labuntur. In lubrico autem utramque opinionem esse, in superiore demonstravimus.

Duobus erroribus, ut mea fert opinio, 2
sunt imbuti. Primus est, quod hanc sententiam tamquam regulam juris à Lege præscriptam obfirmare defendunt: tantumque apud ipsos Fulgosii valet auctoritas, quantum Legis præscriptum. Sed nusquam id in jure nostro traditum, ut in superiore diximus, & contrarium potius est constitutum, ut infra dicemus: & Fulgosius opinionem suam non pro certa, stabilique sententia venditavit, sed multis facti adminiculis in causa, quam defendebat, fulcire, & confirmare curavit; & ad extremum clientes suos hortatus est ad concordiam: adeò hanc sententiam lubricam esse existimavit. Consecutis verò temporibus post acerrimas DD. contentiones invaluit apud quamplurimos ejus opinio, & contraria, quæ olim apud doctissimos, ac celeberrimos Jurisconsultos obtinebat, penè obsolevit. Quocirca etsi non putem omnino repudiandam Fulgosii auctoritatem, tamen pro lege habenda non est; & ab ea facilè recedendum arbitror, quomodocumque contraria voluntas testatoris

ostendatur *l. Lucius Titius* 93. *§. quæsitum* 3. *ff. de leg.* 3. Agitur enim de re controversa & plena dissensionis inter doctos. Et pro certo sumi non debet, quod dubium est, & controversum. Et voluntatis conjectura facile admittitur in fideicommissis *l. cum proponebatur* 64. *ff. de leg.* 2. *l. quæsitum* 12. *§. sed & ipse* 43. *ff. de fund. instr.*

3 Alter error est, quod putant verba accipi impropriè, & in aliena significatione, cum ea generatim prolata, non de genere summo, sed de genere infimo interpretamur. Verum non ita res est: sed multo secus. Verbum generale tam propriè refertur ad genus infimum, quam ad summum. Hoc verbum *animal* eadem proprietate sermonis comprehendit tam homines, simulque brutas animantes, quam solos homines, aut solas brutas animantes: nam verè, ac proprie homines sunt animalia: itemque brutæ animantes: Imò si homines aut brutæ animantes non essent verè ac propriè animalia, nec ipsum genus summum posset subsistere, & comprehendere duas hasce species videlicet homines, & brutas animantes. Hoc amplius plerumque verbum generale magis propriè dicitur de genere infimo, quam de genere summo, atque ultimo: atque, id solet usu venire, cum aliqua species supra alias omnes excellit. Jus civile est, quod quilibet populus sibi constituit: atque adeo genus est: proprie tamen dicitur de jure civili Romanorum, & ita semper in jure nostro usurpatur §. 1. *instit. tit. de jur. natur. gent. & civil.* Urbs quoque generale nomen est, & omnes Urbes, quæ usquam sunt, continet, cum ab urbo, id est, aratri curvatura, sit appellata, quo urebantur in designandis mœnibus *l. pupillus* 239. *§. urbs ff. de V. S.* quod & Servius *in primo Æneidum* & Isidorus *lib.* 15 *orig.* confirmant: sed propriè dicitur de Urbe Roma, ut in *l. cætera* 41. *§. hoc Senatusconsultum* 6. *ff. de legat.* 1. *l.* 1. *ff. ad leg. Jul. de amb. l. relegatorum* 7. *§. constitutum* 15. *ff. de interd. & relegat. l.* 1. *in princ. ff. de off. præf. urb.* nec alia Urbs hoc nomine solet in jure nostro significari. Cognationis nomen continet cognationem naturalem, civilem, & naturalem & civilem simul. *l. non facile* 4. *§. cognationes ff. de grad. & affin.* Plerumque tamen nomine cognationis tertiam tantummodo speciem significamus, quæ utroque jure consistit: nam civilis cognatio, etsi plenissimè cognatio sit, propriè tamen agnatio vocatur *d. §. in fin.* & servilis cognatio, licèt ipsa quoque cognatio sit, tamen à jure nomine cognationis non solet comprehendi *l.* 1. *§. pertinet ff. unde cognati princ. tit. instit. de servil. cognat.* Ita etiam naturalis cognatio vix ultra matrem ac fratres pro cognatione habetur *l.* 2. *ff. eodem.* Hoc amplius tertia species cognationis, seu genus, quod subjectas habet duas species, scilicet conjunctionem per masculos, & conjunctionem per feminas, magis propriè de hac secunda conjunctione solet usurpari *tot. tit. instit. de succ. cognat. & Novell.* 118. *in proœm. & in cap.* 4. Obligationis quoque nomen generale est, & tria genera subjecta complectitur: obligationem naturalem, civilem, & quæ utroque jure consistit, naturalem & civilem. Cum autem obligatio nominatur in jure, ferè semper hoc postremum genus significatur, vix unquam alia duo genera indicantur, ut in *tot. tit. ff. & instit. de obligat.* adeo ut obligatio mera civilis, licet in *§. præterea instit. de except.* dicatur obligatio efficax, tamen in *l. si dari* 25. *ff. de V. O.* dicatur nulla. Itemque obligatio naturalis, quæ nulla dicatur in *§. præterea instit. tit. quib. mod. toll. oblig.* quoad multa efficax est & utilis, ut in *l. etiam* 6. *ff. de compens.* in *l.* 1. *in fin. ff. de novat.* in *l. naturales* 10. *ff. de oblig. & act. l. Stichum §. aditio ff. de solut. l. stipulatus* 6. *in fin. & l. fidejussor* 16. *ff. de fidejussor. l.* 5. *ff. de pignor. l.* 1. *§. debitum ff. de const. pec. & passim.* Itaque nomine obligationis intelligitur obligatio naturalis & civilis, quia inter omnes excellit, & aliis est multo potentior; haud aliter descendentium masculorum appellatio duo habet genera subjecta: masculos descendentes à masculis; & masculos descendentes à feminis. Negari autem non potest prærogativam masculini sexus à testatore exopta-

tam in primo genere masculorum eminere, ac præpollere, & præponderare masculis secundi generis; cùm in illis pura sit, & simplex de masculo in masculum sine ullâ feminarum mixturâ producta & propagata, ordine ac serie masculorum numquam interrupta: in his verò, mixturâ feminei sexûs interjectâ quodammodo corrumpatur qualitas masculini sexûs feminis intermixtis. Ergo magis propriè conveniunt verba *descendentes masculi* descendentibus per masculos, quàm descendentibus per feminas, aut descendentibus masculis in genere summo.

4 His efficitur, non recedere à propriâ, atque usitatâ significatione verborum eum, qui illa accommodat masculis ex masculo, exclusis omninò masculis ex femina: imò eum magis propriè verba interpretari, quàm qui utrumque genus comprehendit. Quòd si verum est, ut certè verissimum est, non recedi à proprietate sermonis verba sic interpretando, quorsùm necessariæ sunt tam vehementes conjecturæ, quales omninò requiruntur, ut recedamus à proprietate sermonis, & alienâ interpretatione in alium sensum verba detorqueamus? Ego sanè puto quamlibet veri similitudinem, quamlibet conjecturam sufficere, ut hanc interpretationem alteri anteponamus. Liberorum nomen generale est, & comprehendit omnes liberos, nepotes, & pronepotes, & cujuscumque gradûs, & conditionis: itaque & adoptivos complectitur *l.* 1. *in princ. ff. de bon. poss. contra tab. l.* 1. §. *liberos ff si tab. testam. nulla exstab.* & tamen in conditione *si sine liberis decesserit*, pro liberis non habentur, nec faciunt deficere conditionem ex quâdam verisimili mente testatoris *l. fideicommissum* 76. *ff. de cond. & dem.* imò & suscepti post deportationem quasi ex alio suscepti; licèt ante deportationem concepti, licèt posteà edantur, faciunt deficere conditionem *l. ex facto* 17. §. *ex facto ff. ad S. C. Trebell.* Naturales etiam liberorum nomine continentur, etsi fuerint in servitute suscepti, *l. Lucius Titius* 88. §. *Dama in fin. ff. de leg.* 2. & tamen in superiore conditione, an contineantur, voluntatis quæstio esse dicitur, de quâ ex dignitate, & conditione fideicommittentis judicandum est *l. ex facto* 17. §. *si quis rogatus* 4. *ff. ad S. C. Trebell.*

Sed ad rem propiùs accedamus. Liberorum nomen etiam nepotes ex femina complectitur *l. cognoscere* 56. §. 1. *ff. de V. S.* Ad excusationem tamen à tutela propter multitudinem liberorum numerantur solùm descendentes ex masculis, sive masculi sint, sive feminæ *l.* 1. §. *non solùm ff de excus. tut.* Item immunitas concessa posteris, in perpetuum succedentibus durat, quia tam latè patet posterorum appellatio, ut exposuimus in superiore *l.* 4. *ff. de jure immun.* Ad eos tamen, qui ex feminis nati sunt, non pertinet *l.* 1. *in fin. ff. eodem.* Rursus liberorum nomine etiam, qui in ventre sunt, continentur *l. is cui* 18. *ff. qu. d. leg. ced.* & tamen quoad excusationem à tutela inter liberos non connumerantur *l.* 1. §. *qui autem ff. de excus. tut.* Ex his intelligi datur, quàm facilè veteres amplissimum nomen liberorum restrinxerint. 5

Eâdem facilitate nomen filiorum modò laxant, modò contrahunt, ejusque significationem modò latissimis, modò angustissimis terminis circumscribunt. Paulus in *l. filii* 84. *ff de V. S. filii appellatione omnes liberos intelligimus.* Non potest latiùs extendi. Callistratus in *l. liberorum* 220. §. *ult. ff. de V. S. filiorum appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri.* Julianus in *l. justa* 201 *ff. eodem justâ interpretatione recipiendum est, ut apellatione filii, sicuti filiamfamilias contineri sæpè respondebimus, ita & nepos videatur comprehendi.* Observanda sunt verba illa *justâ interpretatione*, hâc enim & verba dilatantur, & restringuntur. In *l. quæsitum* 12. §. *uxores* 7. *ff. de inst. vel instrum. leg.* hujusmodi extensionis causâ affertur dura separatio. In *l. Senatusconsulto.* 59. *ff. de ritu nup.* Senatusconsulto, quo cautum est, ne tutor pupillam vel sibi nuptam collocet, etiam nepos significatur. In *l. pen. in fin. C. ad S. C. Macedonian.* Senatûsconsulti auxiliû licèt filii familias meminerit, & ad nepotes pronepotes porrigitur. Contrà Ulpianus in *l. quid si nepotes ff. de testam. tut.* cæteiùm si filios dixit, non continebuntur nepotes: ali- 6

ter enim filii, aliter nepotes appellantur. Iisdem ferè verbis idem statuit Imperator in *§. ult. inst. tit. qui testamen. tut. dar. possint.* Multò angustiùs hoc nomen coarctabat Labeo, qui nec filium quidem libertinum nomine filii putavit comprehendi, cujus sententiam probat Javolenus, nisi appareat testatorem de hoc fuisse locutum *l. ult. ff. de jur. deliber.*

7 Idem juris est in familiæ significatione, quæ in usu juris modò restrictè, modò laxè accipitur. Quàm latè pateat, copiosè explicatur tum in *l. pronunciatio §. familiæ, 195. ff. de V. S.* tum in *l. ult. C. eodem.* Comprehendit enim & liberos homines, qui sunt ejusdem familiæ, & servos & libertos & generum etiam ac nurum *d. l. ult.* Fest. Pompeius. *Familia antea in liberis hominibus dicebantur, quorum dux, & princeps generis, pater, & mater fam. unde familia nobilium Pompiliorum, Valeriorum, Corneliorum: posteà hoc nomine etiam famuli appellari cœperunt permutata* I *cum* V *litera:* Et Ulpianus in *l. detestatio* 40. *§. familia ff. de V. S.* familiæ appellatione liberi quoque continentur. Contrà in *l. pronunciatio in fin. ff. eodem.* familiæ nomine soli liberi continentur. At verò in *l. 2. §. hac actio* 14 *ff. vi bon. rapt.* soli servi comprehenduntur. In edicto Prætoris de publicanis familiæ nomen, & servos & liberos, qui sunt in ministerio publicani continet *l. 1. in princ. juncto §. familia ff. de public. & l. sed & hi 13. ff. eodem.* In edicto autem de vi ad servos refertur *l. 1. in princip. juncto §. familia 16. ff. de vi & vi arm.* Item in edicto de albo corrupto *l. si familia 9. ff. de jurisdict.* & in edicto de furtis *l. 1. ff. si famil. furtum fec. dicat.* quod & ad damnum injuriâ datum extendit Cajus in *l. illud quæsitum 32. ff. ad l. Aquil.* Idem in S. C. Sillan. *l. 1. ff. de S. C. Sillan.* Eadem significatio in *l. quod ait. 31. ff. de nox. act.* Contrà verò in legatis hoc verbo significabant personas liberas ejusdem nominis, seu agnationis, ut in *l. omnia 32. § ult.* in *l. unum ex familia 67. ferè per tot. in l. peto 69. § fratre, & §. ult. ff. de leg. 2.* & in *l. filius fam. 114. §. cùm pater 15. ff. de leg. 1.* & passim. Cùm verò fideicommissum à patrono relinquitur liberto, familiæ nomine intelliguntur ejus liberti, quotquot fuerint, ut in *l. cùm pater 77. §. cùm inter 28. ff. de leg. 2.* Eadem quoque varietas est apud latinos auctores, qui hoc nomine varios sensus explicant. Familiam pro servis, & libertis dixit Cicero pro Sext. Rosc. *cap. 8. Tamen in tanta felicitate nemo potest esse in magna familia, qui neminem, neque servum, neque libertum improbum habeat:* & infrà *cap. 46. Familiam verò quantam, & quàm variis cum artificiis habeat, quid ego dicam? Mitto hasce artes vulgares, coquos, lecticarios: animi & aurium causa tot homines habet, ut quotidiano cantu vocum, & nervorum, & tibiarum, nocturnisque conviviis tota vicinitas personet.* Corn. Nep. in vita Pomponii Attici *cap. 13. Usus est familiâ, si utilitate judicandum est, optimâ: si formâ, vix mediocri.*

Familiam pro stirpe generis accepit idem Cicero in orat. pro Rabir. Post. *cap. 1. Cùm sit hoc generi hominum propè natura datum, ut, quâ in familia laus aliqua fortè floruerit, hanc ferè, qui sunt ejus stirpis, cupidissimè persequantur.* & pro Muren. *cap. 7. Sin autem sunt amplæ & honestæ familiæ plebeiæ: & proavus l. Murena, & avus, prætores fuerunt, & pater, &c.* Non minùs variant in numero personarum. Nam Paulus *lib. 5. sent. tit. 6. §. 5. Familiæ autem nomine etiam duo servi continentur.* Contrà Ulpian. in *l. 1. §. familia ff. de vi, & vi arm. Familiæ autem appellatio servos continet: sed quæritur, quem numerum servorum contineat, utrum plurium, an verò duorum, vel trium: sed verius est in hoc interdicto, etiamsi unus servus vi dejecerit, familiam videri dejecisse.* Hæc duo responsa eleganter conciliari possunt verbis Ciceronis in orat. pro A.Cæcin. *cap. 19. Quid enim facilius est, quàm probari iis, qui latinè sciant, in uno servulo familiæ nomen non valere?* & deinceps. *Si ad rem judicandam verbo ducimur, non re: familiam intelligamus, quæ constet ex servis pluribus; quin unus homo, familia non sit. Verbum certè hoc non modò postulat, sed etiam cogit. At verò ratio juris interdictique vis, & prætorum voluntas, & hominum prudentium consilium, & auctori-*

tas, *respuat hanc defensionem*, *& pro nihilo putet*: & deinde: *Ut servos non numero distinguant*, *sed appellent uno familia nomine*. Reliqua exempla, quæ passim occurrunt in jure nostro, silentio prætermitto, in quibus nomen generis summi aptatur subjecto generi, & ad ipsum restringitur. De his enim supra diximus luculenter, ubi de verborum generalium interpretatione satis copiosè disputavimus, quæ si hûc transferantur, dilucidè apparebit, quàm faciles esse debeamus ad coarctandam masculorum vocationem ad masculos ex masculis. Atque hoc eo facilius in proposita controversia est admittendum, quod eò ducunt omnes conjecturæ.

8 Prima est, quæ, ni fallor, egreditur conjecturæ terminos, quod aut testator ad excludendas feminas, & vocandos masculos adductus est ea de causa, quia feminæ sunt finis familiæ: aut quia sexum masculinum præ femineo dilexit. Si primum; explorati juris est, exclusos esse masculos ex feminis: quia ipsi non solùm sunt caput, & finis familiæ, ut est femina eorum mater *l. pronunciatio* 195. *in fin. ff. de V: S.* sed etiam sunt prorsus familiæ alienæ: mater enim licèt sit caput, seu origo alienæ familiæ, non tamen est in familia aliena, filius vero est in aliena familia, & particeps non est ejus familiæ, cujus est mater: ergo si mater hac de causa fuit exclusa, multo magis ejus filius. Si verò secundum; pariter verosimile est testatorem eum excludere voluisse: nam licet & in ipso insit qualitas sexus masculini, quam testator unicè dilexit, tamen ea magis eminet in masculis ex masculo, cum in his merus sit, & purus sexus masculinus, in illo vero sit feminæ admixtione concretus: adeoque præsumi debet, hunc sexum masculinum merum, & purum, & supra alium excellentem magis fuisse dilectum à testatore. Præterquam quod si testator sexum masculinum dilexit, amoto penitus feminino, quid rei est, cur putemus, eum dilexisse solum in generato, non autem in generante? Plane series illa continuata descendentium masculorum, quam testator prædilexit, luculenter demonstrat, cum habuisse affectionem erga masculos non interrupto ordine sibi succedentes: & sicut voluit fideicommissum progredi semper de descendente in descendentem, ita verisimile est eum voluisse omnes illos descendentes habere annexam qualitatem sexus masculini, ita ut de masculo in masculum progrediatur, nullâ feminâ intermixtâ, quæ continuam illam seriem, & ordinem masculorum interrumpat.

Neque me movet, quod etiam masculi 9
ex feminis sint vere masculi, adeoque propriè contineantur ipsi quoque masculorum appellatione. Etenim, ut supra demonstratum est, quoties genus, plura genera inferiora, aut species subjectas habet, inter quas una aliqua eminet, aut aliqua ratione vel affectione disponentis præcellit & prævalet aliis, plerumque ea sola significatur, licet nomen generis fuerit usurpatum. Ecce: legitima hereditas est tam ea, quæ ex testamento, quam ea, quæ obvenit ab intestato: nam ea quoque quæ testamento datur, lege, ac jure nobis obvenit *l. lege obvenire* 130. *ff. de V. S. l.* 1. *ff. de petit. hered.* Verumtamen quia hæc à lege confirmatur, illa ab ipsa lege datur: ac propterea in illa prævalet qualitas legitima, fere semper nomine legitimæ hereditatis intelligimus hereditatem ab intestato *l. item veniunt* §. *licet autem ff. de petit. hered. l. in arenam* 11. *C. de inofficioso testam. l.* 2. *C. de Carbon. ed. tot. tit. instit. de legit. agn. succ. & ubique passim.* Nomen quoque institutionis continet, & institutionem primi heredis, & institutionem secundi heredis, hoc est, substitutionem *l. mulier* 20. §. *ult. ff. de cond. instit. & l. Lucius Titius* 53. *in fin. ff. de hered. inst.* & tamen nomen institutionis simpliciter & absolutè pronunciatum de institutione primi gradus ferè semper accipitur *d. l. Lucius Titius in fin. & in tot. tit. ff. de hered. instit.* in quo semper agitur de institutis primo gradu; nam de institutis secundo gradu, hoc est, substitutis agitur in *titul. de vulg. & pupill.* Amplius dico, heredis nomen valet in quocumque genere heredum, & tamen si pater dixerit: *quisquis mihi heres erit*, *idem impuberi filio heres esto*: non omnis, qui patri heres extitit, sed is, qui ex test-

tamento heres extitit, substitutus videtur: & ideò neque pater, qui per filium, neque dominus, qui per servum extitit ad substitutionem admittetur, neque heredis heres *l. qui liberis* 8. §. *ult. ff. de vulg. & pup.* Quid ità? an non adjectum est signum universale, *quisquis*, quòd omnes omninò heredes comprehendit? sic sanè; sed affectio testatoris restringit genus, & signum universale, ad eum solum heredem, qui venit ex judicio testatoris *d. l. in fin.* Haud aliter, qui jussus est heredi dare, non debet dare heredis heredi *l. sub diversis in fin. ff. de cond. & dem.* licèt heres heredis sit heres testatoris *l. ult. vers. & hoc C. de hered. instit.* nec potest dari heredi cui ex Trebelliano restituta est hereditas *l. qui heredi* 44. § *cùm hereditas ff. de cond. & dem.* Fortiùs urget text. in *l. ex facto* 17. *in fin. ff. ad S C. Trebell. si quis ità fideicommissum reliquerit*: fidei tuæ, fili, committo, ut si alieno herede moriaris, restituas hereditatem Sejo: *videri eum de liberis sensisse Divus Pius rescripsit.* Avunculus certè non est alienus heres, & tamen hîc pro alieno habetur, sicut & frater, & alii vel proximi agnati. Scilicèt propter præsumptam affectionem testatoris erga liberos, hi Sejo postponuntur, qui fortasse erat extraneus.

10 Confirmatur superior conjectura, alia conjectura, seu potiùs argumento validissimo. Unusquisque habet singularem affectionem erga propriam familiam vel heredis quem instituit: sed descendentes à femina sunt extra familiam, sunt alieni, ergo non præsumuntur vocati. Alieni dicuntur etiam proximi agnati quoad extraneum ex laudatâ *l. ex facto*: ergo multò magis masculi ex femina quoad masculos ex masculo: hi enim sunt agnati & ejusdem familiæ: illi cognati, & familiæ alienæ *l. pronunciatio* 195. *in fin. ff. de V. S.* Atque, ut hunc locum diutius urgeam, observo Modestini responsum in *l. cùm ità legatur* 32. §. *ult. ff. de leg.* 2. Nomen familiæ variè latèque patet, ut modò dicebamus: & tamen fideicommissum familiæ relictum restringitur ad eos, qui sunt ejusdem nominis: ergo multò magis nomen masculorum quod non tam variè neque tam latè patet, restringi debet ad masculos ejusdem nominis, ac familiæ. Neque hoc leges abhorrent: nam Justinianus in §. *ceterùm instit. tit. de legit. agnatorum success.* masculorum nomine semper intelligit agnatos: & Scævola in *l. Gallus* §. *& videtur primum* 12. *ff. de liber. & post.* descendentes masculos ex masculis dicit esse omnes virilis sexûs: Et Ulpianus in *l.* 2. §. *agnato ff. de suis, & legit. hered. Agnati sunt cognati virilis sexûs ab eodem orti.* Satis expressisse conjunctionem per masculos putavit illis verbis, *virilis sexûs.*

Denuò confirmatur animadvertendo, quòd testator ad feminas excludendas, & vocandos solummodò masculos adductus est aut propter publicam, aut propter privatam & propriam utilitatem. Publica utilitas exigit, ut familiæ conserventur, earumque splendor per facultates & opes augeatur: idque certissimum esse nostri legislatores existimaverunt, ac propterea vocarunt agnatos cognatis exclusis, & suos heredes exclusis aliis liberis *toto tit. instit. de hered. quæ ab int. & de legit. agn. succ.* Et licèt Justinianus feminatum fautor, & patronus hanc politicam rationem reprobarit: tamen subsequentes legislatores omnium ferè civitatum, veterum vestigia suis statutis sunt persecuti. Privata quoque utilitas idem exigit, cùm nostrâ intersit, nobisque expediat, familiæ nostræ splendorem conservari & amplificari, idque prudentes semper desiderent. Quod in casu nostro prudens testator ostendit excludendo feminas, adeòque etiam à feminis progenitos: satis enim absurdum est ipsâ origine sublatâ, ejus imaginem derelinqui; ut ait Imperator in *l. unic. in princ. C. de Lat. libert. toll.* 11

Postremò sic interpretando mentem testatoris, prudens ejus consilium animadvertitur, ut loquitur Scævola in *l. Lucius* 85. *in fin. ff. de hered. instit.* Maximo argumento est, quòd omnes populi, qui prudentiâ suprà cæteros excelluerunt, à feminis progenitos excluserunt à successione. De Romana Rep. satis constat, quâ regendæ civitatis scientia, & administrandi prudentia nulla 12

excellentior, quæ publicè expedire putavit, ordinum dignitatem familiarumque salvam esse *l. 1. §. Sed etsi 13. ff. de inspic. ventre.* Non aliter apud Athenienses populum prudentissimum ἄῤῥενες ἐξ ἀῤῥένων masculi ex masculis vocabantur: luculenter hoc jus successionis masculorum ex masculis exponit Demosthenes *orat. in Macartatum & orat. in Leocharem*, & Isæus *in orat. de heredit. Apollodori & de hered. Hagniæ.* Quid multa? Deus ipse auditâ querelâ filiarum Salphaad precantium, ne nomen & familia patris extingueretur, respondit Moysi: justam rem postulant filiæ Salphaad: legemque posuit, ut filiæ quidem deficientibus filiis masculis succederent: omnes tamen cognatos materni generis amovit à successione *Numer. cap. 27. 6, & seqq. & ibi Grotius.* Quid igitur argumenti est, aut rationis, quamobrem ab interpretatione plenâ consilii atque prudentiæ recedamus?

CAPUT XXIX.

De conjecturis praeced. quaestion.

SUMMARIUM.

1 *Contemplatio agnationis est probatio evidens exclusionis descendentium feminarum.*
2 *Ad excludendos feminarum descendentes sufficit qualitatem masculinam ex masculo requisitam esse in filiis & nepotibus heredis instituti.*
3 *Ab aliis legatis antecedentibus vel consequentibus ducitur conjectura ad interpretandum legatum.*
4 *Posthuma comprehenditur in legato filiarum, si in aliqua testamenti parte posthumæ mentio facta sit.*
5 *Incongruens est, ut verbum in una parte laxius, in alia strictius intelligatur & n. 6 7. 8.*
9 *Juxta opinionem contrariam posset evenire, ut remotior ad successionem admitteretur proximiore excluso.*
10 *Triplex vocatio masculorum ex masculis non est necessaria ad excludendos masculos ex femina.*
11 *Extantis filiis masculis cujusdam, & eorum descendentibus masculis, excludi descendentes feminarum.*
12 *Masculi ex feminis in una linea exclusi, in alia quoque exclusi censentur.*
13 *Idem est, si expressè excludantur in parte conditionali.*

Lubrica sanè, & periculosa quæstio est de admittendis, vel excludendis descendentibus feminarum: adeò ut in quamcùmque partem inclinaveris, facilè inde retrahi possis. Quamobrem in superiore demonstravimus solas conjecturas sufficere, easque non admodùm graves, ut à communi sententiâ retrahamur, & ad contrariam inclinemus. Quidam potissimam conjecturam esse arbitrantur, quæ ducitur ex contemplatione agnationis. Sed hæc non est simplex conjectura: verùm evidens, & potentissima probatio, quæ necessariam affert consecutionem. Nam si agnati sunt cognati, qui per virilis sexûs personas junguntur *§ 1. instit. tit. de legit. agnat. tut. §. 1. de legit. agnat. succes. l. sunt autem 7. ff. de legit. tutor. l. non facilè 4. §. 1. & 2. l. jurisconsultus 10. §. 2. & 4. ff. de grad. & affin.* consequens est, eum, qui voluit vocare ad successionem agnatos, voluisse excludere descendentes feminarum, qui agnati non sunt, sed cognati. 1

Ego firmam, & indubitatam conjecturam, quæ sola sufficiat ad excludendos feminarum descendentes, esse arbitror: si testator initio masculum vocaverit, & deinceps ejus filios masculos, & ex eis descendentes masculos in infinitum. Nec dubito, in cæteris descendentibus à testatore fuisse requisitam eamdem qualitatem masculinam, quæ fuit requisita in filiis, & nepotibus: nempè ut sint masculi ex masculis. Quamvis enim hoc verbùm *masculi* in lata significatione, ac totâ sui amplitudine comprehendat etiam masculos ex feminis, tamen in proposito exemplo restringitur ex antecedentibus factâ collatione ad strictam significationem, in quâ proximè fuit usurpatum. Atque hæc est recta, & à legibus approbata, & ratione confirmata interpretatio. Ex antecedentibus enim, & consequentibus elicitur sententia scribentis, & emergit veritas obducta ambiguitate verborum. *l. heredes 21. §. 1. vers. sed etsi notam ff. qui testam. fac. l. quæsitum 12. §. Papinianus quoque 45. ff. de instr. vel instrum. l. nummis 75. in fin. ff. m. de leg. 3.* 2

I. Probatur

3 I. Probatur ex *l. si servus plurium* 50. §. *ult. ff. de leg.* 1. ubi si numerus nummorum legatus sit, nec appareat, de quibus nummis senserit testator, earum, quæ præcedunt, & quæ sequuntur, summarum scripta spectanda sunt. Ducitur hîc conjectura ab aliis legatis, quæ vel antecedunt, vel sequuntur: quantò magis si in eodem legato eâdemque periodo, eâdemque conceptione verborum testator declaraverit, de quâ specie senserit?

4 II. Idem Ulpianus in *l. qui filiabus* 17. *in princ. ff. de leg.* 1. *Qui filialibus legavit, si mentionem aliquâ parte testamenti posthumæ fecit, videtur in filiarum legato, & de posthumâ sensisse.* Filiorum nomen etiam posthumos comprehendit, quia in his, quæ ad commodum eorum pertinent, pro jam natis habentur *l. qui in utero* 7. & rursus *l. qui in utero* 26. *ff. de stat. hom. l. cùm quidam* 30. §. 1. *in fin. ff. de acquir. vel om. hered.* & ideò, qui filiis tutorem dat, etiam posthumis dedisse videtur §. *cùm autem* 4. *inst. tit. de tutel.* §. *ult. inst. tit. qui test. tut. dar. pos. l. nomen filiarum* 164 *ff. de V. S.* Sed in legato relicto filiabus non continetur posthuma, quia legatum relinquitur ob meritum *l. nec adjecit* 9. *ff. pro soc.* nec ullum meritum considerari potest in eo, qui nondùm est in rerum naturâ; sicut nec demeritum *l. si quis suo* 33. *in fin. C. de inoff. testam.* Quare non videtur testator de posthuma cogitasse: sed si aliquâ testamenti parte posthumæ fecerit mentionem, de eâ cogitasse conjicit Jurisconsultus. Et sic ducitur conjectura ab aliâ parte testamenti: quantò magis credendum est, testatorem cogitasse de masculis ex masculis, si in eadem parte, eâdemque dispositione de illis disposuerit, masculos ex masculis vocando. Idem traditum in *l. quæsitum* 12. §. *Papinianus quoque. antepenult. ff. de fund. instr.* Ibi: *nisi ex aliâ parte, & de servis eum cogitasse, apparuerit.*

Idem in *l. nummis* 75. *in fin. ff. de leg.* 3. nummis indistinctè legatis, illi legati videntur, qui ex contextu testamenti possunt apparere legati. Idem in *l. qui non militabat.* 288. §. 1. *in fin. ff. de hered. inst.* Ibi: *quod veteres nummis Titio legatis, nummorum specie non demonstratâ, cæterorumlegatorum contemplatione receperunt.*

Hæc igitur est norma juris, hæc regula minimè fallax, ad quàm omnis interpretatio voluntatis est dirigenda, ut verba intelligamus, & exponamus secundùm intelligentiam, sensumque testatoris. Intelligentia autem, sensusque testatoris certò deprehenditur ex aliis locis, in quibus eadem verba testator usurpavit. Quòd si in eadem dispositione, eâdemque periodo, eorumdem verborum conceptione, quâ in significatione verbum aliquod acceperit testator, appareat; nulla est controversia, quin semper in eadem significatione verbum illud pluries à testatore repetitum, sit accipiendum.

III. Concurrit eòdem & illa omnibus nota, ac pervulgata regula: quòd determinatio respiciens plura determinabilia, ea pari modo determinat. *l. jam hoc jure* 4. §. *sed si alter ff. de vulg. & pup.* Ibi: *quia incongruens est, ut idem verbum in altero duplicem, in altero unicam contineat substitutionem.* Incongruens igitur est, ut idem verbum *masculi* in filiis, & nepotibus contineat solùm masculos ex masculis; in aliis autem descendentibus contineat tàm masculos ex masculis, quàm masculos ex feminis. Sed quam vim, quod pondus habeat hæc regula, & quando obtineat, suo loco diligenter expendimus, undè petenda sunt ea, quæ hùc pertinent. 5

IV. Sed omissis generalibus probationibus speciatim id probatur auctoritate Pauli in *l. nam quod liquidum* §. *ult. ff. de penu leg. Si ità scriptum sit: omnem penum præter vinum quod Romæ erit: sola penus, quæ Romæ est, legata videtur: & ità & Pomponius lib. 6. ad Sabinum scribit.* Restrictio illa *quod Romæ erit* licèt adjecto sit solummodò vino, tamen restringit etiam penum adeò, ut legato contineatur solummodò penus, quæ Romæ erit. 6

V. Confirmat idem Paulus in *l. Sejæ* 20 §. *Gajo Sejo ff. de instr. vel instrum. leg. Gajo Sejo alumno meo fundos meos illum, & illum, ità ut instructi sunt, & domum superiorem* 7

dari volo : quæsitum est , an etiam domum instructam dari voluerit : respondit , secundum ea , quæ proponerentur ita videri dedisse , nisi is à quo peteretur , aliud testatorem sensisse manifestè doceret. Observa , quòd onus probandi contrarium incumbit heredi , qui non solùm contrarium debet probare , sed id manifestè docere debet.

8 VI. Fortiùs urget Proculi & Labeonis auctoritas in *l. ult. §. 1. & 2. ff. de trit. vin. & ol. leg. Cui dulcia legata essent , si nihil aliud testamento significetur , omnia hæc esse legata , mulsum , passum , defrutum , & similes potiones : item uvas , ficus , palmas , caricas.* Ergo legato dulcium , non solùm ea continentur , quæ potui sunt , sed etiam, quæ esui. Subdit tamen Proculus : *quòd si ità esset legatum : vinum amphorarium , Amimaum , Græcum , & dulcia omnia : nihil inter dulcia , nisi quod potionis fuisset , legatum putat Labeo , quòd non improbo.* Nomen dulcium , quod est generale comprehendens non solùm potiones , sed etiam esculenta , restringitur ad solas potiones ex solâ vini collatione , quod antecedenter fuit legatum. Nec impedit hanc restrictionem verbum illud adjunctum *omnia* , quod est universale , & videri potest adjectum ad comprehendenda non solùm potui destinata , de quibus mentionem fecerat , sed etiam esui. Quantò magis igitur in casu nostro , in quo nullum verbum universale fuit adjunctum ; neque enim dixit testator *omnes descendentes masculos* : quod etsi adjecisset , tamen ex hâc lege facilè probaretur , non comprehendi masculos ex feminis , factâ collatione masculorum ex masculis , qui anteà vocati fuerunt. Maximè quia verbum illud , *omnes* , adjectum est descendentibus , non verò masculis : itàque significat admittendos quidem esse omnes descendentes , dummodò tamen habeant illam qualitatem , quam in primo vocatis desideravit testator : videlicèt , ut sint masculi ex masculis.

9 VII. Si cum adversariis sentiamus , sequitur , ut pronepos ex nepte excludat nepotem ex filiâ primò vocati : quo nihil ineptius aut absurdius dici potest , aut existimari. Fingamus enim , Titium primò substitutum , præter filios masculos etiam filias feminas post se reliquisse : & ad hereditatem ex substitutione concurrere nepotem ex filia , cum pronepote ex nepte : Utique nepos ex filia ad hereditatem admitti non potest , quia testator instituit Titium , & ei substituit filios masculos , & ex eis descendentes masculos : quamobrem nepos ex filia Titii non potest succedere , quia non descendit à filiis masculis : contrà pronepos ex nepte succedet eo excluso , quia est masculus , & à filiis masculis descendit. Quis autem adeò bardus sit ac stupidus , ut putet testatorem voluisse excludere nepotem proximiorem , & ex filia sibi benè cognitâ natum ; eique anteferre pronepotem remotiorem , genitum ex nepte sibi plerùmque incognitâ ; atque adeò minùs dilectum anteponere magis dilecto : imò alterum omninò excludere , alterum verò admittere ? sanè id verisimile non est : & quod verisimile non est , in interpretandâ voluntate testatòris rejiciendum est *l. Publius 36. in fin. ff. de cond. & dem.* Imò est omninò absurdum , ut diximus , & quod absurdum est , nulla lex probat *l. filiusfam. 114. §. sed si Titii 4. ff. de leg. 1. l. 1. §. si pater 6. ff. de conjung. cum emanc. liber. l. si in diem 46. ff. de cond. & dem. l. 1. §. 1. ff. de servo corrup. l. deposui 38. §. Stichum in fin. ff. de pecul. l. quid tamen 21. §. sed si 11. in fin. ff. de rec. arbitr. l. libertus 36. ff. de bon. lib. l. sive hereditaria 22. in fin. ff. de negot. gest. l. ait prætor 7. §. quid sit ff. de jur. delib.* Et si , quod verisimile est , ab eo , quòd verba sonant , discrepare videatur ; potiùs id , quod verisimile est , quàm quod verba sonant , probandum est : laudatâ *l. Publius 36. in fin. ff. de cond. & dem.* in quâ ad rem nostram deciditur , verisimile non esse , quòd testator voluerit plus habere secundo loco substitutum quam substitutum primo loco , quem magis dilexit.

Nec mutat , quòd idem eveniat exclusis descendentibus feminarum , quia illi quamvis proximiores excluduntur omninò à remotioribus masculorum descendentibus. Frigidum enim est , & futile hujusmodi argumen-

tum: quia testator non solùm non dilexit ex æquo descendentes masculorum, & feminarum: sed hos ne dilexit quidem cùm eos non vocaverit ad hereditatem. Dilexit masculos ex masculis, dilexit familiam substituti, quâ non continentur descendentes feminarum *l. pronunciatio* 195. *in fin. & l. seq. in fin. ff. de V.S.*

10 His probè constitutis, quæ nullâ cujusquam auctoritate convelli possunt, apparet, falsam esse opinionem eorum qui putant triplicem vocationem masculorum ex masculis esse necessariam: videlicet ut vocati sint filii masculi ejus, qui primo loco substitutus est, & deinceps nepotes masculi, & eorum descendentes masculi. Quorsùm hæc toties repetita masculorum nominatio sit necessaria, non intelligo, cùm argumenta, quæ modo congessimus, perspicuè probent, etiam duplicem vocationem excludere masculos feminarum descendentes.

11 Nec illud probo, quod quidam docti definierunt, non excludi descendentes feminarum, si vocati fuerint filii masculi alicujus certæ personæ, & eorum descendentes masculi. Nam contrarium suadent omnia ferè argumenta, quibus sententiam nostram suprà confirmavimus. Sed nostros Jurisconsultos in errorem induxit falsa opinio, quam in superiore confutavimus argumentis nihil dubii relinquentibus, quòd ad excludendos masculos ex feminis requirantur conjecturæ certæ, atque indubitatæ, quæ rem oculis subjiciant.

12 Secunda conjectura ad excludendos feminarum descendentes, efficax est, ut mea fert opinio: si testator duas lineas substituerit, & in prima vocaverit masculos, ità ut appareat, eum exclusisse masculos ex feminis: nam tunc etiam in secunda linea, quæ deinceps est substituta, masculos ex feminis exclusos esse censerem: quia constat masculorum nomine testatorem indicare voluisse masculos ex masculis; & de his solis cogitasse: hos tantummodò in mente habuisse. Ad hoc probandum adduci possunt pleraque ex superioribus argumentis: maximè verò responsum Ulpiani in *l. qui filiabus* 17. *ff. de legat.* 1. quo solo hæc controversia deciditur.

Confirmari etiam potest alio gravissimo argumento. Nam si in linea primò vocata, quam testator prædilexit, excluduntur masculi ex feminis: multò magis verisimile est, eos exclusos fuisse in linea secundo loco substituta, quam testator minùs dilexit, & primæ posthabuit *l. Publius* 36. *in fin. ff. de condit. & demonstr.*

Item si in secunda linea admitterentur masculi ex feminis, illud eveniret, quòd masculi ex feminis hujus lineæ, quam minùs dilexit testator, minùs honoravit, primæ postposuit, excluderent masculos ex feminis primæ lineæ, quam testator magis dilexit, magis honoravit, huic anteposuit: quod utique verisimile non est. Substitutus enim non debet esse melioris conditionis, quàm institutus: nec plus habere secundo loco vocatus, quàm vocatus primo loco *l. Publius* 36. §. 1. *ff. de cond. & dem.* ubi JC. propter hanc conjecturam recedit à verborum significatione. Ibi: *& verba quidem videntur repræsentare fideicommissum: sed non est verisimile, ut maturiùs testatrix voluerit ad substitutos id transferre.* Item paulò ante: *Etenim videri contra voluntatem testatricis, repræsentationem fideicom. desiderari, ut amplius ad substitutos perveniat, quàm ad puerum pervenire potuisset.*

Tertia conjectura duci potest à parte 13
conditionali: Testator instituit Caïum, eique substituit ejus filios masculos, & ex eis descendentes masculos in infinitum. Deinde subjecit aliam substitutionem his verbis: *Deficiente prorsùs lineâ masculorum ex masculis Caji, substituo Titium, ejusque filios masculos, & ex eis descendentes masculos in infinitum.* Prima substitutio seu institutio Caii nihil habet dubitationis, quin vocati fuerint ejus descendentes masculi ex masculis, exclusis semper descendentibus ex feminis, cùm ipse testator perspicuè id declaraverit in adjecta conditione: ac propterea opus non est confugere ad conjecturas: clara enim est & certa mens testatoris. De substitutione etiam Titii vix ulla potest esse controversia, cùm in superiore, & antecedente conditione testator exposuerit, quâ in significatione nomen

masculorum expresserit, & dilucidè ostenderit, se nomine masculorum comprehendisse solummodo masculos ex masculis. Talis enim scriptura non solum ad præcedentem substitutionem pertinet, sed ad omnem, quæ in eo testamento scripta fuerit, extenditur: ut ait Ulpianus in *l. talis scriptura* 30. *§. ult. ff. de leg.* 1. præterquam quod verba semper interpretanda sunt secundum mentem testatoris ea proferentis *l. cum quidam* 21. *ff. de legat.* 2. *l. cùm de lanionis* 18. *§. item cacabos* 3. *versic. optimum ff. de instr. l. instrum.* maximè in fideicommissis *l. fideicommissa* 11. *§. si quis certam l. quisquis* 95. *ff. de leg.* 3. *l. heredes mei* 57. *ff. ad S. C. Trebell. l. pen. ff. de leg.* 1. *l. cùm virum C. de fideic.*

Reliquas conjecturas, quæ à nostris afferuntur, prætermittimus, facilè enim de illis judicium ferre poterit, qui hactenus à nobis exposita accuratè perpenderit, & infixum animo tenuerit, quod in superiore demonstravimus, in eam sententiam, quæ favet masculis ex masculis, propensos nos esse debere: non autem ab ea, ut plerique sine ulla ratione faciunt, abhorrere.

CAPUT XXX.

Ad L. cùm quid. 3. *ff. de reb. cred.*

SUMMARIUM.

1 *Scribendi occasio.*
2 *Quod à lege constitutum est, aut est de natura actus, nihil refert, ut exprimatur & n.* 3.
4 *Verissima regula: eadem vis expressi, ac taciti: plures habet exceptiones.*
5 *Quod lex præcipit expressè fieri, si tacitè fiat, inutiliter fit.*
6 *Si repugnet natura actus, qui expressum respuat non tacitum, expressum nullam vim habet. Exempla & n.* 7. 8. 1[illegible].
9 *Si tacitum & expressum dissimilia contineant, eamdem vim non habent.*
10 *Conditio* cum volueris *differt à conditione* si voles.
11 *Tempus incertum differt à conditione.*
12 *Verba* si æstimaveris *differunt à verbis* si volueris.
13 *Si verba ex legis interpretatione diversum quidpiam contineant, tacitum & expressum, non habent eumdem effectum. Exempla & n.* 14. 15.

EST omnium Jurisconsultorum sermone celebratum: *taciti & expressi eadem virtus est*: quod tamquam axioma certissimum hujus auctoritate legis enunciant. Sed ejus interpretationem, rationemque nec explicatè, nec distinctè explanant, imò ampliationum, & limitationum involucris obscurant, & obruunt, & obscuris dilucida, vera falsis involvunt. Ego quantùm potero, cuncta distinctè, illuminatè, abundanter explicabo. 1

Quotiescumque aliquid aut à lege fuit constitutum, aut est de natura actus, qui geritur, nihil refert utrum disponens illud exprimat, an tacitus omittat. Lex enim id præcipit etiam præter voluntatem hominis, nec indiget expresso ejus consensu, sed sui ipsius nititur auctoritate *l.* 2. *& l. legis virtus ff. de legib.* Quod autem est de natura actus, id voluisse intelliguntur, qui actum gesserunt, nisi contrariam voluntatem declaraverint. Exemplis hæc uberius explicabo. De natura mutui est, ut æquè bonum reddatur: reddi enim non videtur res, si deterior reddatur. *l.* 3. *§.* 1. *ff. commod.* Idcircò nihil refert utrum caveat, an non caveat, sibi reddi æquè bonum: id enim pro cauto habetur à lege, nisi contra nominatim caverit, nostra *l. cùm quid mutuum ff. de reb. credit.* De natura emptionis est, ut venditor de evictione teneatur: cum enim lex eum non obliget ad transferendum dominium rei venditæ, sed solum ad præstandam vacuam possessionem, & ut emptori habere liceat rem emptam *l. venditor* 8. *ff. de evict.* huic consequens est, ut de evictione teneatur *l. ex empto* 11. *§* 1. *&* 2. *ff. de act. empt.* Idcircò etsi nihil hac de re cautum fuerit, nihilominus tenetur *l. in vendendo* 66. *in princ. ff. de contr. empt.* Eâdem ratione cum venditor teneatur duplam stipulanti promittere *l. emptori* 37. *in princ. ff. de evict.* tenetur etiamsi eam non promiserit *l.* 2. *ff. eod.* simile exemplum in *l. quòd si nolit* 31. *§. quia assidua* 20. *ff. de ædil. edict.* Lex enim operatur citra voluntatem contrahentium, & servari oportet, quod ipsa præcepit, nisi quis ei expressè renunciaverit. Rectè Severus, & Antoninus in *l.* 3. *in fin. C. de fidejuss.*

responderunt, plures fidejussores gaudere beneficio divisionis ab Adriano concesso, licet in solidum expressè se obligaverint. Ibi: *tamen hac rei nihil mutat conditionem juris, & constitutionem. Nam, & cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur: sed ubi sunt omnes idonei in portionem obligatio dividitur.* Cum adjicitur id, quod inest auctoritate legis, nihil additur, aut detrahitur obligationi.

3 Veniamus ad ultimas voluntates. Si plures instituantur heredes sine partibus, lex omnibus æquas tribuit partes *l. quoties 9. §. heredes 11. ff. de hered. inst. §. si plures 6. inst. tit. eod.* In legato pluribus relicto pariter æquæ partes servantur *l. legata 19. §. ult. ff. de legat.* 1. Sive igitur testator æquas partes reliquerit, sive partes non distribuerit, semper idem jus, nisi aliud expresserit, & inæquales partes fecerit, ex laudatis *ll.* Alia exempla passim occurrunt. De conditionibus aliquid adjiciamus, quarum difficilior est investigatio. De his ita decernit Paulus in *l. conditiones 99. ff. de cond. & demonst. Conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, id est, quæ tacitè inesse videntur, non faciunt legata conditionalia.* Hujusmodi sunt conditiones, quæ tacitè insunt, vel legis potestate, vel naturâ rei relictæ. Hæ autem sive nominatim adjiciantur, sive non adjiciantur, legatum non faciunt conditionale; exemplis rem explico. In legatis aliisque, quæ in testamento relicta sunt, inest tacitè conditio: si hereditas adeatur: eâ non aditâ intercidunt omnia *l. eam quam C. de fideicomm.* Hæc tamen conditio non facit legata conditionalia, sive ea tacitè insit ex vi legis, sive etiam à testatore fuerit adjecta: ideoque legati dies statim cedit, & moriente legatario ante aditam hereditatem transit ad ejus heredes *l. heredis aditio 7. in princ.* & in *§. tractari l. cùm illud 25. in fine ff. qu. di. leg. ced. & l. si Titio 21. ff. eod.* Aliud exemplum in hereditate, quod dilucidè explicatur in *l. Cornelius 68. ff. de hered. inst.* Idem prorsùs evenit in conditione, quæ tacitè inest ex natura rei legatæ. In legato fructuum inest tacita conditio, si fructus nascantur: in legato partùs, si nascetur partus *l. 1. §. ult. ff. de cond. & dem.* Omnes igitur hujusmodi conditiones, etiamsi à testatore exprimantur, non faciunt legatum conditionale *l. 3. ff. de leg. 1. l. in conditionibus 19. §. 1. l. servo 47. in fine l. aliquando 106. ff. de cond. & dem.* quia supervacuum est, eas exprimere, & adjicere, cùm insint *d. l. servo 47. ff. de cond. & dem. & d. l. Cornelius 68. ff. de hered. inst.*

Verissima igitur est regula proposita, 4 quod si quid tacitè inest vel potestate legis, vel naturâ rei, eadem vis est taciti & expressi: seu rectiùs, eadem vis est expressi ac taciti: præest enim tacitum, eique accedit expressum, quod ipsi nihil addit roboris. Sed hoc fortasse nimis subtiliter: illud convenientissimum & veritati, & rei clarius explicandæ. *Supervacuum est exprimere, quod tacitè inest.* Hæc enim regula nititur auctoritate veterum Jurisconsultorum *d. l. Cornelius & d. l. servo.* In fine tamen hujus legis monet Marcellus: *sæpenumero tamen mutatur rei effectus, quamquàm id expressit testator, quod etsi non fecisset, inesset tamen.* Verissimè. Multæ enim hujus regulæ sunt exceptiones, quas modò recensebo, & in sua genera digestas explicabo, quod nemo hactenùs præstitit.

I. Quotiescumque lex præcepit aliquid ex- 5 presse fieri, si tacitè fiat, inutiliter fit, & mutatur rei effectus, nec eadem est vis taciti, & expressi. Exemplum sit in exheredatione. Filii in potestate existentes aut instituendi sunt, aut nominatim exheredandi *l. inter cætera 30. l. 1. 2. & 3. ff. de liber. & post. l. 1. in princ. ff. de hered. inst. l. ult. §. sancimus C. de lib. præter.* si prætereantur, nullum est testamentum *d. l. inter cætera. princ. tit. inst. de exhered. liber. l. 1. ff. de injust. rupt.* Præteritio igitur, quæ est tacita quædam exheredatio, non habet eumdem effectum, quem expressa exheredatio. Sic etiam causa exheredationis nominatim est exprimenda, eâque expressâ valet testamentum: non valet autem, si silentio prætereatur. *Nov. 115. cap. 4.* Aliud exemplum in pupillari substitutione. Expressa matrem excludit *l. Papinianus 8. §. Sed nec impuberis 5. ff. de*

inoff. test. c. 1. §. *ult. de testam. in* 6. & hoc lege præcipiente, non admitti legitimum heredem, quamdiu speratur heres ex testamento *l. quamdiu* 3. *& l. quamdiu* 63. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* Tacita verò matrem non excludit *l. precibus c. de impub. & al. sub. l. ult. c. de inst. vel subst.* Apparet autem, falsam esse limitationem quorumdam, tacitum non habere hujusmodi momentum, ut valeat actum irritare.

6 II. Si repugnet natura actus, qui respuat expressum, non verò tacitum: idque fit auctoritate legis, quæ ejusmodi naturam præscripsit. In hoc differt à superiori, quod ibi tacitum irritat, destruit actum, non autem expressum: hîc contrà expressum, non tacitum evertit, & inutilem actum efficit. Exemplum in *l. si quis Sempronium* 68. *in fin. versic. sic enim ff. de hered. inst. Sic enim filii exheredatio cum eo valet*, si quis heres existat: *& tamen nemo dubitat, quin si ita aliquis filium exheredaverit*: Titius heres esto, & cùm heres erit Titius, filius exheres esto: *nullius momenti esse exheredationem.* Repugnat natura actus. Exheredatio non aditâ hereditate nullius momenti est *l. filium* 20. *in princ. versic. sed cum exheredatio ff. de bon. possess. cont. tab.* Titius heres esse jubetur: antequàm filius exheres sit: atqui hoc fieri non potest, quia filius, antequàm valeat exheredatio, pro præterito habetur: ideoque non potest ex testamento hereditas adiri. Implicant semetipsa sese, & involvunt. Filius exheres non est, nisi postquam Titius heres fuit; Titius autem heres esse non potest, nisi filius exheres sit. Eâdem ratione non valet testamentum de quo in *l. si ita scriptum* 13. §. *testamentum* 2. *ff. de lib. & post. Titius post mortem filii mei heres esto: filius exheres esto.* Etenim filius exheredatus est post mortem suam, cùm valere non possit exheredatio, antequam Titius heres existat: inutilis est autem exheredatio facta post mortem *l.* 4. §. *ult. versic, cum etsi ff. de hered. inst.* Simile admodum est, quod traditur in *l. quoties* 9. §. *si quis ita* 14. *ff. de hered. inst.* licet ibi favore libertatis detrahatur verbum *postea*: *Si quis ita scripserit*: *Stichus liber esto, & posteaquam liber erit, heres esto. Labeo, Neratius, & Aristo opinantur, detracto verbo medio* posteà, *simul, & libertatem, & hereditatem competere: quæ sententia mihi quoque vera videtur.* Hic quoque nisi detraxeris verbum *posteaquam*, libertas & hereditas invicem semetipsas impediunt: non potest enim servus liber esse, nisi sit heres: nec heres, nisi liber sit: sed libertas, quæ maximè favorabilis est, interpretatione adjuvanda: non autem exheredatio, quæ odiosa est *l. cum quidam* 19. *in fin. ff. de lib. & post.* Africanus quoque proponit simile legatum in *l. qui quadraginta* 88. *in princ. ff. ad l. Falc.* quod voluntatis interpretatione non valere decidit. Sed ad tacitum, & expressum revertamur.

Alterum est in obligatione quâlibet, sive ex contractu, sive ex testamento. Repugnat natura obligationis, ut conferatur in voluntatem debitoris: obligatio enim necessitate nos ad solvendum astringit *princ. tit. inst. de obligat. l. obligationum substantia ff. eodem.* Propterea, sub hac conditione, *si volam* nulla fit obligatio: pro non dicto enim est quod dare, nisi velis, cogi non possis. *l. sub hac* 8. *ff. eodem l. stipulatio* 17. *l. cum à Titio* 108. §. 1. *ff. de V. O.* Potest tamen conferri tacite, veluti: *dabis, cum volueris l. centesimis* 46. §. *si ita ff. eodem* hæc autem, *dabis si volueris*, inutilis est §. *ult. eodem.* Stichus, si tibi placuerit emptus erit aureis *tot.* §. *penult. inst. tit. de empt. & vend.* Idem jus est de legatis *l. Senatus* 43. §. *penult. ff. de legat.* 1. Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. Tacite tamen rectè confertur, veluti, *si æstimaveris; si comprobaveris, si justum tibi videbitur, dato l. si sic legatum* 75. *in princ. ff. de leg.* 1. vel hoc modo: *nisi nolueris, heres dato; vel cùm volueris, dato l. fideicommissa* 11. §. *sic fideicommissum* 5. *&* §. *seq. ff de leg.* 3. Differentiæ rationem postmodò afferemus opportunius. 7

Tertium exemplum est in heredis institutione, atque in legatis, quorum natura non solum respuit voluntatem debitoris, sed etiam cujuslibet alterius; quo- 8

niam *testamentorum jura per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere l. illa institutio* 32. *ff. de hered. inst.* Quamobrem vitiosa est institutio : *quos Titius voluerit, heredes sunto d. l. illa institutio in princ.* Idem in legatis : non valet hujusmodi legatum : *si Mevius voluerit, Titio decem do l. nonnumquam versic. non tamen ff. de condit. & demonstr.* valent tamen, si tacitè conferantur *d. l. non numquam in princ. l.* 1. §. 1. *ff. de leg.* 2. *l.* 3. §. 1. *C. comm. de legat.*

9 III. Si diversa inter se ac dissimilia contineant expressum, ac tacitum; non possunt eamdem vim, atque effectum habere in *l. nonnumquam* 52. *ff. de cond. & dem.* non idem conditio : *si voluerit*, *&*, *si in Capitolium ascenderit* : illa continet meram voluntatem : hæc factum ascendendi in Capitolium : illa impletur statim ac Mævius voluerit : hæc etiamsi maximè voluerit, tamen impleta non est, nisi Mævius ascenderit in Capitolium. Illud legatum pendet à voluntate Mævii : hoc à facto ascendendi. Propterea hoc valet illud est inutile.

10 Conditio quoque, *cum volueris*, diversa est à conditione, *si voles.* Illa designat tempus voluntatis : hæc ipsam voluntatem. In illa per tempus conditio, in hâc per conditionem tempus demonstratur *l. si Titio* 12. *in princ. vers. cum priore ff. qu. di. leg. ced.* Illa confert in potestatem debitoris, quando velit debere : hæc, an velit debere. Quamquàm autem in heredis arbitrium conferri, an debeatur, non possit : quando tamen debeatur, conferri potest *l. fideicommissaria* 46. §. *quamquàm ff. de fideicomm. libert.* Quemadmodum, licet conferri non possit, an debeat : conferri tamen potest, quid debeat *d. l.* 46. §. *ult. l. heredes* 25. §. *si incerto* 17. *ff. fam. ercisc. l. nec semel* 12. §. *si cui homo* 7. *ff. qu. di. leg. ced. l.* 1. *&* 2. *ff. de opt. leg.* Verba igitur illa *cùm volueris* tractum temporis habent, quamdiu vivas, & si decesseris, antequàm illud præstes, heres tuus præstabit : quòd si decesserit legatarius, legatum extinguitur : est enim conditionale *l. fideicommissa* 11. §. *hoc autem ff. de leg.* 3.

Quamquàm autem traditum sit, nihil interesse inter tempus incertum, & conditionem 11 *l. quodcumque* 45. *non solùm ff. de V. O.* tamen aliquando multùm interest. Ecce si ità stipulet : *dabis, si petiero* : suspenditur obligatio. At si ità : *dabis cùm petiero* admonitionem potiùs quamdam quò celeriùs reddantur quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio *l. qui decem* 48. *ff. eodem.* Item licèt in omni institutione ac legato tacitè insit conditio, *si capax erit* §. *extraneis* 4. *instit. tit. de hered. qual. l. si alienum* 40. §. 1. *ff. de her. inst.* tamen incapax rectè instituitur, *cùm capax erit. l. in tempus* 62. *ff. eodem.* Ratio, quia conditio illa refertur ad tempus testamenti, & mortis, & aditionis *hered. d. l.* hoc autem tempus comprehendit infinitum tempus, quandòcumque capax fuerit.

Supersunt alia duo verba : *si æstimaveris, si tibi videbitur*, non idem continent ac verba : *si volueris.* Hæc meram voluntatem : 12 illa arbitrium boni viri. *l. fideicommissa* 11. §. *quamquàm ff. de leg.* 3. *l. si sic legatum* 75. *in princ. ff. de legat.* 1. Item verba : *si placuerit vinum, vel servus, si non displicuerit*, non vitiant emptionem aut legatum, quia aliud est velle : aliud placere. Potest alicui res placere etiamsi emere nolit : potest displicere etiamsi emere voluerit : hoc à sensu judiciòve pendet, illud à voluntate : ideò illud vitiat emptionem, *l. in vendentis C. de contr. empt.* hoc non item §. *pen. Inst. tit. de empt. l. quòd si nolit* 31. §. *si quid ità* 22. *ff. de ædilit. edict. l. Thais* §. *sorore ff. de fideic. libert.*

IV. Quamvis verba videantur idem omninò significare : tamen si ex legis inter- 13 pretatione diversum quippiam contineant : tacitum, & expressum non habent eumdem effectum. Ecce verba : *si volueris : & nisi nolueris* : idem significant, & tamen sub hâc conditione legatum valet : non verò sub illâ *l. fideicommissa* 11. §. *sic fideicommissum juncto* §. *quamquàm ff. de leg.* 3. Quid ità ? quia verba ? *nisi noluerit*, lex interpretatur de prima voluntate, ità ut si non declaret se nolle, non possit posteà di-

cere se noluisse *d. §. sic fideicommissum.* Verum est enim cum non noluisse, cùm non repugnaverit voluntati fideicommittentis, quandò potuit. Eâdem ratione verba: *si volueris*, non vitiant fideicommissum libertatis *l. fideicommissaria 46. in princ. ff. de fideicommissariis libert.* quia lex favore libertatis ea interpretatur de arbitrio boni viri *§ sed etsi 2. eàdem l.* Aliud exemplum in *l. talis scriptura 30. ff. de leg. 1.* Testator quædam legata purè reliquit, & Titio legavit centum præsentia: posteà adjecit vulgarem clausulam: *quas pecunias legavi, quibus dies appositus non est, eas heres meus annua, bima, trima die dato.* Quæsitum in §. 2. an hæc clausula referatur dumtaxat ad legata pura, an etiam ad legatum præsens. Videretur dicendum ad omnia referri: quia etiam legatum præsens, vel præsenti die, purum est non in diem; & legatum purum præsens est *l. liber homo 118. §. decem ff. de V. O. l. cedere diem ff. de V. S.* In legato purè relicto tacitè inest præsens dies: in hoc inest expressè. Respondit tamen Ulpianus, hoc legatum non differri per illam clausulam; quia verum est, ei diem appositum fuisse. Licèt autem *hæc adjectio supervacua sit quantùm ad vim, & effectum legati pertinet, tamen ad hoc proficit, ut præsenti die legatum debeatur d. l. talis scriptura §. 1.* Quòd si in clausula non fuissent adjecta verba illa: *quibus dies appositus non est*; videretur dicendum illud quoque differri per text. in *l. si mihi 12. in fin. ff. de leg. 1. & l. Titio 74. ff. de leg. 3.* nisi cum Cujacio addamus particulam *non*, quod rectius est.

Alterum est legatum optionis, quod valdè
14 differt à legato generis, licèt in utroque detur electio legatario: in illo quidem expressim *§. optioni 23. instit. tit. de legat.* in hoc verò tacitè *l. si servus 108. §. cùm homo ff. de leg. 1. l. 2. §. 1. ff. de opt. leg. §. si generaliter 21. inst. tit. de legat.* sed cùm lex certam ac singularem naturam legato optionis tribuerit, in multis differt à legato generis *d. tit. §. optionis.* Ea præcipua est differentia, quòd in legato optionis optimum eligi potest *l. si quis affirmavit 9. §. 1. ff. de dol. mal. l. 2. in princ. ff de opt. leg.* in legato generis non item *l. legato 37. ff. de legat. 1.* Cæteras referre non vacat: videantur *D D. ad d. §. optionis.*

In *l. talem 51. ff. de hered. inst.* duo alia 15
proponuntur exempla: alterum in princip. alterum in §. 1. In primo, ut valeat ex rescripto D. Marci, favore libertatis detrahitur conditio, *si liberaverit*, secundùm sententiam Proculianorum, de qua in *l. quoties 9. §. si quis ità scripsit 14. ff. eodem.* Sed de hoc suprà diximus. In §. 1. species hujusmodi ponitur. *Si quis ità scripserit: Stichus, si meus erit, cùm moriar, liber & heres esto, alienatus non poterit jussu emptoris adire hereditatem: quamvis etsi non erat hoc expressum, non aliàs liber, & heres fieri poterat, quàm si mansisset ejus.* Hæc postrema verba intelligenda sunt de persona ipsius servi, qui non potest esse heres, nisi liber sit: nec potest esse liber, nisi sit testatoris, cùm moritur: quia nemo dare potest libertatem alieno servo. Cæterùm tacita conditio afficit solummodò dationem libertatis ex adducta causa, non autem institutionem. quia etiam alienus servus heres rectè instituitur, qui licèt sibi non acquirat hereditatem, ipsam tamen acquirit domino *l. servus 3. l. non minùs 31. de hered. inst. princ. tit. inst. eodem.* Quamobrem etsi libertatem dederit sub conditione: *si meus erit*, hereditatem autem sine conditione, alienatus domino acquiret *l. servo 47. ff. de cond. & dem.* Expressa autem conditio afficit utrumque & in hoc differt à tacita. Quare hoc exemplum potiùs ad superiorem exceptionem pertinet.

Quod in fine habetur, verè fit ex interpretatione legis: quod etiam à vivo testatore manumissus heres fiat, & verba, *si meus erit*, comprehendant libertum, contrà *princ. tit. inst. de hered. inst.* Ergo hìc legis interpretatione fit, ut expressum habeat vim taciti, contra quam soleat in aliis casibus contingere. Nemo hactenùs hoc axioma sic explicavit.

FINIS LIBRI TERTII.